

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Service d'archivage électronique

Vanreck, Odile

*Published in:*

L'identification électronique et les services de confiance depuis le règlement eIDAS

*Publication date:*

2016

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Vanreck, O 2016, Service d'archivage électronique: le service de confiance délaissé par le Règlement n° 910/2014. Dans *L'identification électronique et les services de confiance depuis le règlement eIDAS*. Collection du CRIDS, VOL. 39, Larcier, Bruxelles, p. 215-255, L'identification électronique et les services de confiance depuis le règlement eIDAS, Namur, Belgique, 18/03/16.

### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# Service d'archivage électronique : le service de confiance délaissé par le Règlement n° 910/2014

Odile VANRECK\*

## Introduction

1.- **Règlement n° 910/2014.** Après avoir analysé le Règlement n° 910/2014<sup>1</sup>, nous ne pouvons que déplorer que les règles relatives à l'archivage électronique brillent par leur – quasi – absence, le législateur européen n'ayant pas saisi l'occasion que représentait ce Règlement pour consacrer l'archivage électronique au rang de service de confiance en tant que tel.

Or, les questions liées à l'archivage électronique constituent une préoccupation réelle pour de nombreux acteurs du secteur privé et du secteur public qui sont confrontés à une masse de documents importante à gérer. Depuis plusieurs années maintenant, l'archivage des données de manière électronique est entrevu par certains de ces acteurs comme la solution à leur problème de conservation.

2.- **Définitions.** L'archivage électronique consiste en « l'organisation, la gestion et la conservation des documents qui ont une valeur probante et/ou culturelle, historique »<sup>2</sup> par le biais d'un processus spécifique mettant en œuvre des outils et des méthodes en vue d'exploiter et de conserver les informations, peu importe leur support, sur le long terme. D'un point de vue juridique, le service d'archivage électronique est défini dans l'avant-projet de loi belge mettant en œuvre et complétant le Règlement

---

\* Odile Vanreck est chercheuse au sein du CRIDS et travaille actuellement sur le projet Hector (Hybrid Electronic Curation, Transformation and Organization of Records). Elle est également avocate au barreau du Brabant Wallon.

Pour leur relecture et leurs remarques pertinentes, je tiens tout particulièrement à remercier Sébastien Soyez, Hervé Jacquemin et Bénédicte Losdyck.

<sup>1</sup> Règlement n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE, J.O.U.E., L. 257/73 du 28 août 2014.

<sup>2</sup> M. DEMOULIN et S. SOYEZ, « Archivage électronique », *Questions d'archivage*, Bruxelles, Politéia, 2011, p. 305.



n° 910/2014 sur lequel travaille actuellement le législateur comme un « service de confiance (...) qui consiste en la conservation de données électroniques ou la numérisation de documents papiers, et qui est fourni par un prestataire de services de confiance (...) ou qui est exploité pour son propre compte par un organisme du secteur public ou une personne physique ou morale »<sup>3</sup> (nous reviendrons sur cette notion au n° 57 de la présente contribution).

**3.- Avantages.** Le recours à des méthodes électroniques de conservation des documents s'explique par ses avantages, à savoir une diminution du coût<sup>4</sup> et de l'espace de stockage nécessaire mais également la facilité de classement, de gestion, d'accès à l'information et la préservation face aux risques de dégradation des documents papier<sup>5</sup>.

**4.- Digitized records et born-digital archives.** Ces avantages ont entraîné, principalement au sein des services publics, une certaine volonté de – voire une véritable tendance à – numériser les documents en vue d'une utilisation plus aisée des documents et de leur conservation. Ces copies numériques de documents initialement en format papier sont appelées les « archives numérisées » ou les « *digitized records* ». L'étape suivante envisagée par ces organisations est de détruire la version papier des documents numérisés afin de ne les conserver que sous la forme électronique. Une telle opération, qui constitue une illustration de la gestion hybride de documents, doit cependant être considérée avec beaucoup de prudence voire de réticence au niveau juridique<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Futur art. 1.18, 17° du Code de droit économique, tel qu'inséré par l'article 2 de l'avant-projet de loi mettant en œuvre et complétant le Règlement (UE) n° 910/2014 du parlement européen et du conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE, portant insertion du titre 2 dans le livre XII "Droit de l'économie électronique" du Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au titre 2 du livre XII et des dispositions d'application de la loi propres au titre 2 du livre XII, dans les livres I, XV et XVII du Code de droit économique, version du 11 décembre 2015, disponible sur <http://ec.europa.eu/growth/tools-databases/tris/fr/search/?trisaction=search.detail&year=2015&num=702>.

<sup>4</sup> Même si le recours à l'archivage électronique qualifié soulève un doute sur cet avantage.

<sup>5</sup> Y. POULLET, « L'archivage face à l'électronique ou comment éviter l'amnésie collective – Le point de vue du juriste », 2002, disponible sur [http://www.docs-crids.eu/crids/opac\\_css/index.php?lvl=notice\\_display&id=6439](http://www.docs-crids.eu/crids/opac_css/index.php?lvl=notice_display&id=6439), p. 2 ; F. COPPENS, « Le recours aux 'tiers de confiance' dans les transactions en ligne. Paiement, signature, recommandé et archivage électronique », *J.T.*, 2012, pp. 812-813.

<sup>6</sup> M. DEMOULIN, « L'archivage électronique et le droit : entre obligations et précautions », in M. DEMOULIN (dir.), *L'archivage électronique et le droit*, coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 31 ; M. DEMOULIN, « De l'archivage électronique à la gouvernance informationnelle :

Outre les archives numérisées, l'archivage électronique englobe également la conservation des documents créés électroniquement, tels que les e-mails ou les fichiers électroniques sous divers formats. Ceux-ci sont qualifiés de « *born-digital archives* »<sup>7</sup>.

**5.- Cloud computing.** Les acteurs optant pour l'archivage électronique en vue de conserver leurs documents peuvent décider de les stocker localement ou d'avoir recours à une solution de cloud computing. Dans ce cas, ils pourront y accéder très simplement au moyen d'une connexion internet et d'un logiciel de navigation<sup>8</sup>. Pour plus de précisions sur les implications de ce choix, nous renvoyons à la littérature consacrée à ce sujet<sup>9</sup>.

**6.- Présentation de la contribution.** Au vu de l'intérêt croissant qui lui est porté par les potentiels utilisateurs et dans l'objectif de favoriser son développement, le service d'archivage électronique aurait besoin d'être juridiquement encadré. Le législateur belge travaille d'ailleurs actuellement sur un projet de loi consacré à ce service, cette matière n'ayant été que très partiellement abordée au niveau européen.

Avant de retracer le chemin parcouru en vue de réglementer la matière de l'archivage électronique (Chapitre 2), il est important de mettre celle-ci en contexte en pointant les enjeux et questions pertinents (Chapitre 1).

## CHAPITRE I. Enjeux liés à l'archivage électronique

**7.- Présentation du chapitre.** La compréhension des problématiques juridiques auxquelles sont confrontés ceux ayant recours ou exploitant des services d'archivage électronique ne peut se faire qu'à la lumière des enjeux spécifiques à ce service.

quelle place pour le juriste ? », *Let's go digital – Le juriste face au numérique / De digitale uitdaging van de jurist*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 209.

<sup>7</sup> M. DEMOULIN et S. SOYEZ, « Archivage électronique », *op. cit.*, p. 305 ; M. DEMOULIN, « L'archivage électronique et le droit : entre obligations et précautions », *op. cit.*, p. 14.

<sup>8</sup> B. DOCQUIR, « Le 'cloud computing' ou l'informatique dématérialisée : la protection des données au cœur de la relation contractuelle », *R.D.C.*, 2011/10, p. 1001.

<sup>9</sup> Voy. not. *ibid.*, pp. 1000 et s. ; J. BUSHEY, M. DEMOULIN et R. McLELLAND, « Cloud Service Contracts : An issue of Trust », *Canadian Journal of Information and Library Science*, vol. 39, n° 2, juin 2015, pp. 128 et s.



D'abord, la charge que représente la gestion et la conservation de documents, parfois sur une longue période, qui pèse sur de nombreux acteurs issus du secteur public ou privé peut résulter soit d'une obligation légale soit d'une volonté de se réserver des éléments de preuve, ce que Marie Demoulin qualifie de « raison juridique implicite »<sup>10</sup> (Section 1).

Ensuite, l'archivage électronique de documents est intimement lié à la question de la valeur juridique des documents conservés, qu'il s'agisse de documents originaux ou de copies, particulièrement en cas de contestation de leur fiabilité devant un juge (Section 2).

Les considérations de la section 2 feront émerger certaines caractéristiques de l'archivage électronique, qu'il est intéressant de décrire, telle que l'importance de la conservation d'éléments périphériques relatifs aux documents conservés et la préservation des qualités du document (Section 3).

Enfin, nous nous intéresserons au développement de l'offre des services d'archivage électronique, ainsi qu'aux difficultés rencontrées par ceux proposant ces services (Section 4).

## SECTION 1. – Raison d'être de la conservation de documents

**8.- Présentation de la section.** L'acte de conservation des documents peut trouver sa justification dans une obligation prévue par une disposition législative ou dans la volonté des individus et entités de se réserver des éléments de preuve.

**9.- Obligations légales de conservation.** Il existe, en droit belge, des textes légaux exigeant de certaines entités qu'elles tiennent et conservent des documents spécifiques.

D'une part, cette obligation peut viser des documents précis, tels que le dossier médical, qui doit être conservé pendant trente ans<sup>11</sup> par l'hôpital, les factures, devant, en principe en tant que pièces justificatives, être

<sup>10</sup> M. DEMOULIN, « De l'archivage électronique à la gouvernance informationnelle : quelle place pour le juriste ? », *op. cit.*, p. 208.

<sup>11</sup> Art. 1<sup>er</sup>, § 3, de l'arrêté royal du 3 mai 1999 déterminant les conditions générales minimales auxquelles le dossier médical, visé à l'article 15 de la loi sur les hôpitaux, coordonnée le 7 août 1987, doit répondre, *M.B.*, 30 juillet 1999.

gardées durant sept années<sup>12</sup>, ou encore les livres légaux qui doivent être conservés durant sept ans à partir du premier janvier de l'année qui suit leur clôture<sup>13</sup>.

D'autre part, l'obligation de conservation peut être exprimée de manière plus floue, notamment dans le Code des sociétés qui impose que soient conservés les « livres et documents sociaux » durant toute la vie de la société et durant cinq années après la clôture de sa liquidation<sup>14</sup> ou dans le Code des impôts sur les revenus qui exige la conservation de « tous les livres et documents nécessaires à la détermination du montant des revenus imposables »<sup>15</sup>. Enfin, la loi sur les archives du 24 juin 1955 impose aux institutions publiques relevant du pouvoir exécutif et judiciaire de l'État<sup>16</sup> de conserver en bon état, de manière ordonnée et accessible leurs documents administratifs durant trente ans avant de les verser aux Archives de l'État<sup>17</sup>.

Dans le cadre de cette contribution, il est intéressant de pointer que la loi a parfois expressément prévu que la conservation des documents puisse être réalisée par voie électronique. Ainsi, l'article 1<sup>er</sup>, § 2, de l'arrêté royal du 3 mai 1999 indique explicitement que « le dossier médical peut être tenu et conservé sous forme électronique pour autant qu'il soit satisfait à toutes les conditions fixées dans le présent arrêté »<sup>18</sup>. Le Code d'impôt sur les revenus fait également référence à une conservation « sur des supports électroniques »<sup>19</sup>. Par ailleurs, en vertu de l'arrêté royal du 12 septembre 1983, tel que modifié par l'arrêté royal du 25 janvier 2005<sup>20</sup>, une entreprise peut tenir sa comptabilité « au moyen de systèmes informatisés », pour autant que les mêmes exigences que celles applicables à la comptabilité sur support papier soient respectées.

Outre ces possibilités de conservation sur support électronique, certaines dispositions légales autorisent que l'exigence d'archivage puisse être réalisée par la conservation de copies (*infra*, n° 17).

<sup>12</sup> Art. III.86 CDE.

<sup>13</sup> Art. III.88 CDE.

<sup>14</sup> Art. 195, § 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>, C. soc.

<sup>15</sup> Art. 315 CIR.

<sup>16</sup> À savoir les services publics fédéraux, les provinces, les organismes d'intérêt publics, les tribunaux de l'ordre judiciaire et le Conseil d'État.

<sup>17</sup> Art. 1<sup>er</sup> de la loi du 24 juin 1955 relative aux archives, 24 juin 1955, *M.B.*, 12 Août 1955.

<sup>18</sup> Art. 1<sup>er</sup>, § 2, de l'arrêté royal du 3 mai 1999 déterminant les conditions générales minimales auxquelles le dossier médical, visé à l'article 15 de la loi sur les hôpitaux, coordonnée le 7 août 1987, doit répondre, *M.B.*, 30 juillet 1999.

<sup>19</sup> Art. 315bis CIR.

<sup>20</sup> Art. 5 de l'arrêté royal du 12 septembre 1983 portant exécution de la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité des entreprises, *M.B.*, 28 septembre 1983.



**10.- Raisons juridiques implicites.** Un organisme du secteur public ou une personne physique ou morale peut être amené à conserver un document pour des raisons juridiques implicites, particulièrement pour se réserver des éléments de preuve.

En effet, en vertu de l'article 1315 du Code civil, chaque partie est tenue de prouver les faits qu'elle allègue. Une entité peut dès lors faire le choix de garder tout document qui pourrait, dans le futur, être utile afin de prouver un fait, qu'elle dispose d'un droit spécifique ou qu'elle a accompli une obligation particulière, que celle-ci soit légale ou contractuelle<sup>21</sup>. Généralement, les documents sont conservés pour la durée du délai de prescription.

Les conséquences sur le plan probatoire résultant de l'impossibilité de produire un document original pour prouver un fait ou un droit et/ou de l'absence de toute force probante d'une copie, peuvent être lourdes et engendrer, le cas échéant, la perte d'un procès ou l'obtention d'une décision moins favorable<sup>22</sup>.

## SECTION 2. – Valeur juridique des documents

**11.- Présentation de la section.** La question de la valeur juridique des documents, originaux ou copies, est essentielle en matière d'archivage<sup>23</sup>.

Dans l'introduction, nous avons exposé que certaines entités envisageaient de ne conserver que la copie numérique de documents originaux papier dont elles veulent ou doivent assurer la conservation. La mise en œuvre d'une telle pratique implique de se poser la question de la valeur juridique accordée à un document original et à une copie, sachant que cette dernière dispose en principe d'une valeur inférieure (§ 1). Des nuances peuvent toutefois être apportées à ce principe (§ 2). Sur la base de ces considérations, nous pourrions apprécier juridiquement le processus consistant à numériser puis supprimer les documents originaux (§ 3).

<sup>21</sup> M. DEMOULIN, « De l'archivage électronique à la gouvernance informationnelle : quelle place pour le juriste ? », *op. cit.*, p. 208.

<sup>22</sup> M. DEMOULIN, « L'archivage électronique et le droit : entre obligations et précautions », *op. cit.*, p. 21.

<sup>23</sup> Nous concentrerons l'analyse réalisée dans cette section sur les actes sous seing privés.

## § 1. Force probante de l'original et valeur juridique de la copie

**12.- Définition et force probante de l'original.** Notre système juridique, de tradition civiliste, accorde une importance particulière à la notion d'écrit et d'original. Ainsi, il est accordé plus de poids à la preuve écrite, et plus encore à la preuve manuscrite<sup>24</sup>.

En droit de la preuve, l'original est défini comme « l'écrit signé », la signature étant le seul critère permettant de qualifier un document d'original<sup>25</sup>. Précisons toutefois que cette notion d'original n'est pas liée à l'environnement papier, un original pouvant être un « écrit électronique revêtu d'une signature électronique »<sup>26</sup>.

L'écrit signé se voit dès lors octroyer, dans notre régime juridique, une force probante très importante. Pour rappel, la force probante d'un acte, qui renvoie à l'idée d'une hiérarchie entre les modes de preuve, est « l'intensité quant à la preuve que la loi lui reconnaît et qui s'impose au juge »<sup>27</sup>.

**13.- Définition et valeur de la copie.** On oppose généralement au concept de document original celui de copie. Une copie est définie comme une « transcription littérale faite d'après l'original »<sup>28</sup> ou encore comme « la reproduction littérale et non signée d'un original, quel que soit le procédé de reproduction (transcription manuelle, photocopie, microfilm, télécopie, numérisation, etc.) »<sup>29</sup>. Pour certains, la copie est dépourvue de

<sup>24</sup> M. JACQUEMIN et S. SOYEZ, « Concepts de base », *Questions d'archivage*, Bruxelles, Politéa, 2011, p. 42. En effet, l'écrit n'est pas nécessairement un écrit manuscrit. Comme le souligne H. DE PAGE, « l'écriture peut être imprimée, dactylographiée, lithographiée, etc. » (H. DE PAGE, *Traité*, t. III, n° 742, cité par P. VAN OMMESSLAGHE, « Introduction – Cadre légal – Notions fondamentales », in *Incidence des nouvelles technologies de la communication sur le droit commun des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 15). Dans le même sens, R. MOUGENOT définit l'écrit comme « la représentation lisible du langage ou de la pensée », où peu importe la méthode utilisée pour tracer ou le procédé matériel de l'écriture (R. MOUGENOT, *La preuve*, 2<sup>e</sup> éd., n° 79 cité par P. VAN OMMESSLAGHE, « Introduction – Cadre légal – Notions fondamentales », *op. cit.*).

<sup>25</sup> M. DEMOULIN et S. SOYEZ, « L'authenticité, de l'original papier à la copie numérique », *The Memory of the World in the Digital Age : Digitization and Preservation – An international conference on permanent access to digital documentary heritage*, Conference proceedings, UNESCO, 27 septembre 2012, Vancouver, Canada, p. 3.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 3. Pour des explications sur la notion de signature électronique, nous renvoyons à la contribution de Bénédicte Losdyck consacrée à cette matière dans le présent ouvrage.

<sup>27</sup> Cass. (3<sup>e</sup> ch.), 21 juin 1999, *Bull.*, 1999, n° 378, p. 930 ; *Arr. Cass.*, 1999, p. 899 cité par E. MONTERO, « Les contrats de l'informatique et de l'internet », *Rép. not.*, t. IX, I. IX, Bruxelles, Larcier, 2004, n° 183.

<sup>28</sup> D. MOUGENOT, « Le statut probatoire de la photocopie : nuageux avec des éclaircies », *R.G.D.C.*, 2007, p. 470.

<sup>29</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 1987, cité in M. DEMOULIN et S. SOYEZ, « L'authenticité, de l'original papier à la copie numérique », *op. cit.*, p. 4.



force probante<sup>30</sup> alors que d'autres considèrent qu'elle a une force probante inférieure à celle du document original<sup>31</sup>.

L'article 1334 du Code civil, qui prévoit que « les copies, lorsque le titre original subsiste, ne font foi que de ce qui est contenu au titre, dont la représentation peut toujours être exigée », fait référence à cette question de la force probante des documents<sup>32</sup>. En vertu de cette disposition, la copie, ayant un statut de preuve inférieure, peut toujours être contestée en justice et la partie qui s'en prévaut peut être amenée à devoir produire le document original<sup>33</sup>.

Toutefois, il est théoriquement possible qu'une copie numérique d'un document original (soit un document papier signé manuscritement) puisse elle-même être qualifiée d'original si après avoir été numérisé, le document est revêtu de la signature électronique des parties qui avaient signé l'original papier<sup>34</sup>. De fait, tout comme dans l'environnement entièrement papier, il doit être admis que, dans le cadre de la gestion hybride des documents, il puisse y avoir plusieurs originaux d'un même document.

**14.- Pertinence de la distinction.** La différence de traitement entre un document original et une copie n'est pas toujours pertinente dans un environnement complètement numérique (celui des *born-digital archives*)<sup>35</sup>. La distinction conserve néanmoins toute son importance dans le cadre des *digitized records*, compte tenu de la volonté des acteurs de numériser puis

<sup>30</sup> D. MOUGENOT, « Le statut probatoire de la photocopie : nuageux avec des éclaircies », *op. cit.*, p. 471.

<sup>31</sup> M. DEMOULIN, « L'archivage électronique et le droit : entre obligations et précautions », *op. cit.*, p. 32 ; M. DEMOULIN et S. SOYEZ, « L'authenticité, de l'original papier à la copie numérique », *op. cit.*, p. 3.

<sup>32</sup> Notons qu'il existe depuis de nombreuses années une controverse relative au champ d'application de l'article 1334 du Code civil. Alors que certains considèrent que cette disposition ne s'applique qu'aux actes authentiques (M. DEMOULIN et S. SOYEZ, « L'authenticité, de l'original papier à la copie numérique », *op. cit.*, p. 10), d'autres estiment qu'elle vise également les actes sous seing privés (D. MOUGENOT, « Preuve », *Rép. not.*, t. IV, l. 2, Bruxelles, Larcier, 2012, n° 188 et les références citées). Toutefois, ces auteurs s'accordent sur le fait que la controverse n'a pas d'intérêt pratique puisque le principe est identique pour toutes les copies que l'on applique ou non l'article 1334 du Code civil : une copie peut toujours être contestée et la production de son original peut toujours être réclamée.

<sup>33</sup> M. DEMOULIN et S. SOYEZ, « L'authenticité, de l'original papier à la copie numérique », *op. cit.*, p. 10.

<sup>34</sup> M. DEMOULIN, « De l'archivage électronique à la gouvernance informationnelle : quelle place pour le juriste ? », *op. cit.*, p. 219.

<sup>35</sup> Nous ne visons alors plus cette hypothèse dans la suite de la section. Voy. Proposition de loi du 15 avril 2013 modifiant la législation en ce qui concerne l'instauration du droit de l'économie électronique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2745/001, p. 9.

de détruire les documents initialement papier pour n'en conserver qu'une copie. Or, à l'heure actuelle, l'article 1334 du Code civil constitue un obstacle à un tel processus.

**15.- Apport prévu par l'avant-projet de loi.** Notons d'ores et déjà que l'avant-projet de loi susmentionné prévoit l'ajout d'un second alinéa à l'article 1334 du Code civil, qui octroiera une présomption de copie fidèle et durable à une copie numérique d'un acte sous seing privé à la double condition que le document original n'existe plus et que la numérisation ait été réalisée par un service d'archivage électronique qualifié (*infra*, n°s 75 et 76 de la présente contribution).

## **§ 2. Nuances apportées au principe de la valeur juridique inférieure accordée à la copie par rapport à l'original**

**16.- Absence de contestation.** Certaines nuances sont apportées au principe selon lequel la copie aurait, si elle n'est pas dépourvue de force probante, une force probante inférieure à celle du document original.

D'abord, dans le cadre d'un litige, la copie dont la conformité à l'original n'est pas contestée par l'autre partie « fera pleine preuve de son contenu »<sup>36</sup>. Cela n'implique pas que la copie ait une force probante identique à celle du document original. Elle pourra en effet toujours faire l'objet d'une contestation par toutes voies de droit tandis qu'un document original ne pourra « être contesté que par la production d'un autre écrit signé »<sup>37</sup>.

**17.- Dispositions sectorielles.** Ensuite, plusieurs textes législatifs ou réglementaires octroient une certaine valeur juridique à la copie.

Premièrement, certaines législations autorisent la conservation d'un document sous forme de copie. Nous pouvons citer l'article III.86 du Code de droit économique qui indique que les pièces justificatives doivent être conservées en original ou en copie<sup>38</sup> et l'article 24 de l'arrêté royal du 8 août 1980 relatif à la tenue des documents sociaux qui prévoit que l'employeur peut conserver les documents sociaux sous toute forme de reproduction à certaines conditions<sup>39</sup>. Les factures peuvent également, dans certains cas, être conservées sous forme de copie<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> M. DEMOULIN, « L'archivage électronique et le droit : entre obligations et précautions », *op. cit.*, p. 33.

<sup>37</sup> M. DEMOULIN et S. SOYEZ, « L'authenticité, de l'original papier à la copie numérique », *op. cit.*, p. 12.

<sup>38</sup> Dans la situation visée par cet article, qui est hors du domaine de la preuve, le terme *original* ne vise pas nécessairement un écrit signé.

<sup>39</sup> Arrêté royal du 8 août 1980 relatif à la tenue des documents sociaux, *M.B.*, 27 août 1980.

<sup>40</sup> Art. 60 C. TVA et Circulaire n° AFER 16/2008 du 13 mai 2008.



Deuxièmement, certaines dispositions octroient une force probante équivalente à celle de l'original – jusqu'à preuve du contraire – à des copies, sous réserve du respect de certaines exigences. Ainsi, l'article 196 de la loi du 17 juin 1991<sup>41</sup> prévoit que les copies des documents détenus par certains organismes de crédit déterminés « font foi comme les originaux, dont elles sont présumées, sauf preuve contraire, être une copie fidèle lorsqu'elles ont été établies par une de ces sociétés ou sous son contrôle ». Une série d'arrêtés royaux ont également été pris dans ce sens dans des secteurs spécifiques. Nous pouvons notamment citer :

- l'arrêté royal du 22 mars 1993 relatif à la valeur probante, en matière de sécurité sociale, des informations enregistrées, conservées ou reproduites par des institutions de sécurité sociale<sup>42</sup> ;
- l'arrêté royal du 15 mars 1999 relatif à la valeur probante, en matière de sécurité sociale et de droit du travail, des informations échangées, communiquées, enregistrées, conservées ou reproduites par les services ministériels et les parastataux du ministère de l'emploi et du travail<sup>43</sup> ;
- l'arrêté royal du 9 janvier 2000 relatif à la force probante des informations utilisées par l'Administration des Pensions pour l'application de la législation dont elle est chargée<sup>44</sup>.

Dans ces différents textes et par dérogation aux règles du Code civil, la copie se voit reconnaître, jusqu'à preuve du contraire, une force probante quasi équivalente à celle des documents originaux<sup>45</sup>. De fait, la copie n'aura pas exactement la même force probante que l'original puisqu'elle pourra être contredite par tous moyens de preuve et non pas uniquement par la production d'un original. Concrètement, cela signifie que la charge de la preuve est renversée et celui qui conteste la fiabilité de la copie est tenu d'établir, par tous les moyens, le caractère non fiable de celle-ci<sup>46</sup>.

Troisièmement, à titre anecdotique, il existe un article 173<sup>ter</sup> dans la loi générale du 19 décembre 1939 relative aux allocations familiales qui reconnaît que les copies de documents détenues par certaines organisations d'allocations familiales font foi comme des originaux. Dans ce cas

<sup>41</sup> Loi du 17 juin 1991 portant organisation du secteur public du crédit et de la détention des participations du secteur public dans certaines sociétés financières de droit privé, *M.B.*, 9 juillet 1991.

<sup>42</sup> Arrêté royal du 22 mars 1993 relatif à la valeur probante, en matière de sécurité sociale, des informations enregistrées, conservées ou reproduites par des institutions de sécurité sociale, *M.B.*, 1<sup>er</sup> avril 1994.

<sup>43</sup> *M.B.*, 7 mai 1999.

<sup>44</sup> *M.B.*, 24 février 2000.

<sup>45</sup> M. JACQUEMIN et S. SOYEZ, « Concepts de base », *op. cit.*, pp. 41-42.

<sup>46</sup> M. DEMOULIN, « De l'archivage électronique à la gouvernance informationnelle : quelle place pour le juriste ? », *op. cit.*, p. 223.

précis, les copies se voient reconnaître une force probante équivalente à celle du document original.

**18.- Nécessité d'un cadre légal général.** Cette multiplication de textes législatifs et réglementaires résulte d'une volonté d'accorder une force probante à certaines copies de documents, généralement des copies numériques, et de faciliter le travail au quotidien. On peut toutefois regretter que les exigences imposées par ces textes réglementaires soient parfois redondantes, parfois différentes les unes des autres. L'adoption d'un cadre général qui fixerait des principes communs pour la reconnaissance juridique de toutes les copies numérisées serait évidemment préférable<sup>47</sup>.

### § 3. Hypothèse de la destruction du document original et de la conservation d'une copie numérique

**19.- Sanction ou difficulté en cas de destruction d'un original.** Actuellement, il n'est en principe pas autorisé de détruire un document original dans les hypothèses où la loi en exige la conservation. Le législateur a d'ailleurs prévu, dans certains cas, d'attacher aux obligations de conservation des documents des sanctions spécifiques, de nature pénale ou administrative, en cas de non-respect des règles<sup>48</sup>.

Dans les hypothèses où la loi n'exige pas une obligation de conservation, la destruction d'un document original pourrait, en l'état actuel du droit, poser problème au regard du droit de la preuve. En cas de conservation d'une copie numérique et sous réserve des hypothèses spécifiques susmentionnées, le principe reste, à l'heure actuelle, celui de la non-assimilation de cette copie, telle qu'un scan d'un document, à un document original.

Le processus par lequel une entité soumise à une obligation légale de conservation ou souhaitant garder certains documents à des fins de preuve détruit les documents originaux après leur numérisation est dès lors pour le moment à déconseiller d'un point de vue juridique.

**20.- Valeur probante de la copie numérique.** Toutefois, le fait qu'une copie ait une force probante plus faible que l'original, voire aucune selon certains, ne signifie pas qu'elle se voit dénuée de toute valeur juridique. En effet, une copie numérique peut tout à fait être produite en justice.

<sup>47</sup> M. JACQUEMIN et S. SOYEZ, « Concepts de base », *op. cit.*, pp. 41-42.

<sup>48</sup> Sur les obligations de conservation voy. M. DEMOULIN, « L'archivage électronique et le droit : entre obligations et précautions », *op. cit.*, p. 22 ; D. GOEMINNE, « Aperçu pratique de la conservation des livres et documents », *Pacioli*, n° 303, février 2011, pp. 1-4.



Dans l'hypothèse où aucune contestation de la conformité de la copie à l'original n'émane de la partie à qui on l'oppose, la copie fera d'ailleurs pleine preuve de son contenu<sup>49</sup>.

Par ailleurs, si un document original a été détruit, de manière volontaire ou par cas fortuit, le juge confronté à cette pièce examinera la valeur probante de la copie numérique, à savoir son aptitude à emporter sa conviction<sup>50</sup>.

Pour forger son opinion, le juge pourra prendre en compte les éléments entourant la procédure de reproduction du document (par exemple, le scanning), les métadonnées attachées au document ou encore la procédure d'archivage électronique<sup>51</sup>. Eu égard à cette dernière, il est important de s'assurer qu'elle remplisse les exigences décrites à la section 3 de ce chapitre dans le but de convaincre le juge de la valeur probante importante du document produit, notamment en raison de sa fiabilité<sup>52</sup>.

En effet, confronté à une copie numérique, le juge peut décider, au regard des éléments de fait qui lui sont présentés, de lui accorder une certaine valeur probante s'il considère que le document a du crédit<sup>53</sup>. Une copie peut ainsi être considérée comme un commencement de preuve par écrit, devant être complété par des témoignages ou des présomptions permettant de corroborer les faits que l'on cherche à prouver. En cas de non-respect des conditions du commencement de preuve par écrit, la copie numérique aura la valeur d'une présomption simple<sup>54</sup>.

**21.- Analogie avec la photocopie.** Il n'y a pas encore, à notre connaissance, de décisions rendues par les juridictions belges en matière de valeur probante à accorder aux copies numériques. Toutefois, celles-ci se trouvent régulièrement confrontées à la production de photocopies de documents en guise de pièces. Il est alors rare, sauf si un doute sérieux existe eu égard à la conformité de la copie, que la partie adverse demande la production du document original. Nous pensons qu'une pratique analogue pourrait se développer face au dépôt de documents scannés<sup>55</sup>.

<sup>49</sup> À l'inverse, si la copie est contestée par la partie adverse, cette dernière peut réclamer la production de l'original. Voy. not. M. DEMOULIN, « L'archivage électronique et le droit : entre obligations et précautions », *op. cit.*, p. 32.

<sup>50</sup> E. MONTERO, « Les contrats de l'informatique et de l'internet », *op. cit.*, n° 183.

<sup>51</sup> M. DEMOULIN, « L'archivage électronique et le droit : entre obligations et précautions », *op. cit.*, p. 3.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 33.

<sup>53</sup> E. MONTERO, « Les contrats de l'informatique et de l'internet », *op. cit.*, n° 183.

<sup>54</sup> M. DEMOULIN, « L'archivage électronique et le droit : entre obligations et précautions », *op. cit.*, pp. 32 et 33.

<sup>55</sup> Nous partageons sur ce point l'opinion de Marie Demoulin. Voy. M. DEMOULIN, « De l'archivage électronique à la gouvernance informationnelle : quelle place pour le juriste ? », *op. cit.*, p. 222.

Cette analyse pourrait amener certains à considérer qu'il n'y a dès lors pas de risque à détruire un document original pour en conserver sa copie. Cependant, une telle pratique fait peser un risque bien réel sur la personne produisant la copie puisque cette dernière pourra toujours être contestée en justice et la production de l'original pourra être demandée<sup>56</sup>.

### SECTION 3. – Conservation d'éléments périphériques relatifs au document et préservation des qualités du document

**22.- Présentation de la section.** Comme expliqué dans la section précédente, le juge dispose d'un pouvoir souverain pour apprécier la valeur probante des copies qui sont produites devant lui en guise de preuve.

En matière de preuve électronique, il examinera le cycle de vie du document sur lequel porte la contestation, à savoir son processus de création, de gestion ainsi que d'archivage<sup>57</sup>.

**23.- Conservation d'éléments périphériques.** Dans cette optique, le processus d'archivage électronique implique, outre la conservation du document en tant que tel, la préservation d'une série d'éléments périphériques, qu'il s'agisse de documents ou d'informations relatifs « au document, à son cycle de vie et à son processus de conservation, voire de numérisation »<sup>58</sup>.

Sont visés les métadonnées relatives au contenu du document dont la plupart peuvent être créés de manière automatique par le procédé d'archivage<sup>59</sup>, les processus de numérisation, les données de signature électronique, les données de traçabilité (telles que les noms des personnes impliquées ou l'horodatage des opérations), les méthodes d'archivage électronique ou encore les politiques de sécurité mises en œuvre<sup>60</sup>. Certains

<sup>56</sup> M. DEMOULIN et S. SOYEZ, « L'authenticité, de l'original papier à la copie numérique », *op. cit.*, p. 10.

<sup>57</sup> M. DEMOULIN, « L'archivage électronique et le droit : entre obligations et précautions », *op. cit.*, pp. 33 et 34.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 33.

<sup>59</sup> S. SOYEZ, « Directives pour la gestion et l'archivage numérique des documents bureautique », version 1.1., 2009, p. 27 (disponible sur <http://www.arch.be/index.php?l=fr&m=fonctionnaire&r=gerer-des-documents>).

<sup>60</sup> M. DEMOULIN, « L'archivage électronique et le droit : entre obligations et précautions », *op. cit.*, p. 34.



ont plaidé pour que soit également conservé un historique de toutes les opérations effectuées sur les données conservées<sup>61</sup>.

**24.- Qualité des documents électroniques.** Outre la vérification de ces informations périphériques, le juge évaluera également la qualité des documents qui lui sont soumis. La méthode d'archivage électronique mise en œuvre pour conserver les dits documents nécessite donc la « mise en place d'outils techniques et organisationnels pointus »<sup>62</sup> afin d'assurer le maintien de la qualité et de la fiabilité des documents électroniques. Généralement, les qualités qui sont avancées par la doctrine consistent en l'authenticité, l'intégrité et la lisibilité<sup>63</sup>. Certains ajoutent également la traçabilité<sup>64</sup>, qui « désigne la faculté de présenter et de vérifier l'ensemble des traitements opérés sur le document lors du processus de conservation »<sup>65</sup>.

**25.- Authenticité.** L'authenticité permet de garantir que le document électronique « est ce qu'il est censé être et qu'il est non altéré et non corrompu »<sup>66</sup>. Cela équivaut à préserver son identité c'est-à-dire ses caractéristiques tels que la date, l'auteur et le sujet durant tout le cycle de vie du document<sup>67</sup>. Ces attributs sont habituellement conservés sous la forme de métadonnées au sein du document lui-même.

**26.- Intégrité.** L'intégrité, qui assure la fiabilité du document<sup>68</sup>, consiste à garantir qu'un document est « complet et inaltéré dans ses aspects essentiels »<sup>69</sup> et qu'il n'a pas été modifié entre le moment de son

<sup>61</sup> Y. COOL, R. MARCHETTI, M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Mise en œuvre d'un cadre juridique pour les services de confiance : rapport analytique : Rapport pour le SPF Economie – Namur », coll. C.R.I.D., 2006, p. 33.

<sup>62</sup> M. DEMOULIN et S. SOYEZ, « Archivage électronique », *op. cit.*, p. 306.

<sup>63</sup> M. DEMOULIN, « L'archivage électronique et le droit : entre obligations et précautions », *op. cit.*, p. 35 ; M. DEMOULIN et S. SOYEZ, « Archivage électronique », *op. cit.*, p. 306 ; Y. POULLET, « L'archivage face à l'électronique ou comment éviter l'amnésie collective – Le point de vue du juriste », *op. cit.*, pp. 3 et s.

<sup>64</sup> M. DEMOULIN, « L'archivage électronique et le droit : entre obligations et précautions », *op. cit.*, p. 35.

<sup>65</sup> T. PIETTE-COUDOL, « Existe-t-il un droit de l'archivage électronique applicable au secteur public ? », *Droit de l'administration électronique*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 457.

<sup>66</sup> M. DEMOULIN et S. SOYEZ, « Archivage électronique », *op. cit.*, p. 306.

<sup>67</sup> M. DEMOULIN, « De l'archivage électronique à la gouvernance informationnelle : quelle place pour le juriste ? », *op. cit.*, p. 203.

<sup>68</sup> La fiabilité est le « caractère de ce qui est fiable », à savoir « digne de confiance », « auquel on peut se fier ». Voy. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2005, p. 402.

<sup>69</sup> M. DEMOULIN et S. SOYEZ, « Archivage électronique », *op. cit.*, p. 306.

enregistrement et celui de sa consultation<sup>70</sup>. La notion d'intégrité est appréhendée de manière spécifique dans le monde numérique puisqu'elle n'implique pas que le document soit exactement le même qu'au moment où il a été créé. En effet, il peut être admis que des modifications de format ou de support aient été réalisées.

L'intégrité doit être assurée par un « mélange de techniques informatiques et de procédures organisationnelles »<sup>71</sup> et, par exemple, par le recours à une signature électronique qualifiée telle que définie par le Règlement n° 910/2014<sup>72</sup>. À cet égard, certains considèrent que ce n'est « plus le support original qui assure l'indispensable maintien de l'intégrité mais la signature dont le mécanisme permet de figer logiquement le contenu de l'écrit »<sup>73</sup>.

**27.- Lisibilité.** La lisibilité implique non seulement la lisibilité du support mais également la lisibilité des formats afin que l'exploitabilité du document soit garantie<sup>74</sup>. Généralement, il est considéré que la lisibilité exige nécessairement une régénération des supports employés ou la migration des données vers de nouveaux supports ou de nouveaux formats lorsque ces opérations s'imposent<sup>75</sup>.

**28.- Apport prévu par l'avant-projet de loi.** Pour conclure sur la question des qualités des documents électroniques, il nous semble pertinent de pointer que l'annexe 1 de l'avant-projet de loi dans sa rédaction actuelle est consacrée aux exigences concernant le service d'archivage électronique qualifié et reprend ces considérations (*infra*, nos 70 et 71 de la présente contribution). En vertu de cette annexe, tout prestataire de service de confiance qualifié établi en Belgique qui offre un service d'archivage électronique qualifié ou toute entité, personne physique ou morale qui exploite en interne un tel service pour son propre compte doit, dans l'hypothèse où il procède à la numérisation d'un document papier, « utiliser un système, du matériel et des procédures qui garantissent une reproduction fidèle, durable et complète du document papier » et permettre la conservation d'une série de

<sup>70</sup> T. PIETTE-COUDOL, « Existe-t-il un droit de l'archivage électronique applicable au secteur public ? », *op. cit.*, p. 457.

<sup>71</sup> M. DEMOULIN et S. SOYEZ, « Archivage électronique », *op. cit.*, p. 306.

<sup>72</sup> Nous renvoyons à la contribution de Bénédicte Losdyck consacrée à la signature électronique dans le présent ouvrage.

<sup>73</sup> Y. POULLET, « L'archivage face à l'électronique ou comment éviter l'amnésie collective – Le point de vue du juriste », *op. cit.*, p. 6.

<sup>74</sup> M. DEMOULIN et S. SOYEZ, « Archivage électronique », *op. cit.*, p. 306.

<sup>75</sup> Y. POULLET, « L'archivage face à l'électronique ou comment éviter l'amnésie collective – Le point de vue du juriste », *op. cit.*, p. 6 ; M. DEMOULIN, « De l'archivage électronique à la gouvernance informationnelle : quelle place pour le juriste ? », *op. cit.*, p. 203.



métadonnées spécifiées. Il doit également prendre les mesures nécessaires « pour conserver la lisibilité des données » et « pour préserver l'intégrité et l'authenticité des données électroniques conservées »<sup>76</sup>.

## SECTION 4. – Développement de l'archivage électronique

**29.- Apparition de prestataires de services de confiance.** L'archivage électronique constitue, pour de nombreux utilisateurs, une solution face à la quantité de documents qui est générés et qui, pour diverses raisons, doit être conservée parfois durant de nombreuses années. Les utilisateurs peuvent envisager de conserver eux-mêmes leurs documents ou de confier cette charge à un tiers. Dans ce cadre, on assiste à l'apparition, qui est toutefois lente, de tiers proposant des services d'archivage électronique. Cependant, l'ensemble de ces acteurs est confronté au flou juridique qui entoure non seulement la question de la valeur probante d'un document numérisé, mais également celle de la fourniture du service d'archivage électronique en tant que tel (cf. pt 33 de la présente contribution).

**30.- Difficultés liées au service d'archive électronique.** Les difficultés posées par la conservation à longue durée des documents ne sont néanmoins pas uniquement liées à l'absence d'un cadre juridique adapté, mais découlent également des exigences techniques, organisationnelles et de gestion liées à la mise en œuvre d'un service d'archivage électronique. En effet, il s'avère difficile dans la pratique de conserver durant une longue période des données et documents électroniques sans subir de perte au niveau de leurs qualités<sup>77</sup>.

Par ailleurs, l'archivage électronique est un domaine éminemment technique, qui est soumis à l'évolution constante de la technologie et des méthodes de conservation. Une des exigences de l'archivage électronique,

<sup>76</sup> Avant-projet de loi mettant en œuvre et complétant le Règlement (UE) n° 910/2014 du parlement européen et du conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE, portant insertion du titre 2 dans le livre XII « Droit de l'économie électronique » du Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au titre 2 du livre XII et des dispositions d'application de la loi propres au titre 2 du livre XII, dans les livres I, XV et XVII du Code de droit économique, version du 11 décembre 2015, p. 12, point c) et d) et h).

<sup>77</sup> Proposition de loi du 15 avril 2013 modifiant la législation en ce qui concerne l'instauration du droit de l'économie électronique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2745/001, p. 8.

qui est de garantir la lisibilité des données, est ainsi mise en péril par « la double obsolescence du matériel informatique (hardware) et des logiciels (software), notamment d'écriture, de lecture et d'exploitation »<sup>78</sup>.

Enfin, les coûts pour garantir le maintien des qualités des documents, par exemple par le biais de certificats pour la signature électronique, de l'horodatage ou de mécanismes de sécurisation divers<sup>79</sup> sont élevés.

**31.- Intérêt d'avoir recours à un prestataire de service de confiance.** Ces considérations illustrent la difficulté que peut éprouver une petite structure pour mettre en place une méthode d'archivage électronique répondant aux exigences posées. C'est d'ailleurs suite à ce constat que des sociétés privées spécialisées dans la fourniture de service archivage électronique se sont développées. Dans ce cadre, la conservation électronique, réalisée par le biais de processus à la pointe de la technologie, est financièrement plus abordable, puisque les coûts sont partiellement mutualisés. De plus, cela permet à l'entité de se décharger d'une activité jugée annexe à son activité principale<sup>80</sup>. Cependant, l'absence de standard de qualité rend difficile, pour le destinataire du service, l'appréciation de la qualité et de la fiabilité tant sur le plan juridique que technique des services offerts<sup>81</sup>.

**32.- Nécessité d'un encadrement juridique.** Cette activité de fourniture d'un service d'archivage électronique, tout comme la mise en œuvre pour son propre compte d'un tel service, se doivent donc d'être encadrées légalement afin que le service soit en conformité non seulement avec les exigences techniques qu'implique l'archivage électronique mais également avec les règles juridiques<sup>82</sup>. Or, les règles actuellement applicables en la matière sont en cours de changement. C'est ce que nous vous proposons de découvrir dans le second chapitre de cette contribution.

<sup>78</sup> M. DEMOULIN et D. GOBERT, *L'archivage dans le commerce électronique : comment raviver la mémoire ?*, coll. Cahiers du Crid, n° 23, Académia Bruylant, Bruxelles, 2003, pp. 104-105.

<sup>79</sup> M. JACQUEMIN et S. SOYEZ, « Concepts de base », *op. cit.*, p. 42.

<sup>80</sup> F. COPPENS et M. DEMOULIN, « Le recours à un tiers archiveur : un contrat sur mesure », in M. DEMOULIN (dir.), *L'archivage électronique et le droit*, coll. CRIDS, Larcier, Bruxelles, 2012, p. 133.

<sup>81</sup> Proposition de loi du 15 avril 2013 modifiant la législation en ce qui concerne l'instauration du droit de l'économie électronique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2745/001, p. 4.

<sup>82</sup> Certains peuvent toutefois s'interroger sur la nécessité d'encadrer juridiquement la matière de l'archivage électronique et sur la capacité du marché de réguler celle-ci. Nous renvoyons à cet égard à la réponse développée par Didier Gobert au sujet des services de confiance. Voy. D. GOBERT, « Le Règlement européen du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance (eIDAS) : analyse approfondie », février 2015, p. 22 (publié sur le site [www.droit-technologie.org](http://www.droit-technologie.org)) ; R. DEPOORTERE et A.-M. VASTESAEGER, avec la collaboration de C. DE TERWANGNE, « Aspects juridiques et réglementaires », *Questions d'archivage*, Bruxelles, Politeia, 2011, p. 42.



## CHAPITRE II. Cadre légal en matière d'archivage électronique

**33.- Absence de cadre légal général en matière d'archivage électronique.** À l'heure actuelle, il n'y a pas de cadre légal général applicable en Belgique en matière d'archivage électronique, ce qui peut constituer un frein au développement de ce type de service.

Nous l'avons vu, ce flou est lié, d'une part, à l'incertitude qui existe quant à la valeur juridique accordée à la copie, laquelle trouve sa source dans notre culture juridique basée sur l'écrit papier, d'autre part, à l'absence de régime juridique encadrant la fourniture ou l'exploitation du service d'archivage électronique<sup>83</sup>. Alors que la démarche de conservation à long terme des documents repose sur une volonté d'anticiper et de prévoir avec prudence le futur, l'incertitude juridique qui entoure cette matière pose problème<sup>84</sup>.

Pour le moment, lorsqu'une entité fait appel à un tiers pour s'occuper de l'archivage électronique de ses documents, les relations contractuelles qu'elle entretient avec ce prestataire de service sont soumises au droit commun des obligations, plus particulièrement au régime du contrat d'entreprise, qui est majoritairement supplétif. Tout contrat avec un tiers archiveur sera donc fortement soumis « à la volonté des parties par le biais de clauses contractuelles »<sup>85</sup>. Par ailleurs, d'autres régimes généraux sont, le cas échéant, également applicables tels que les règles sur la protection du consommateur, sur la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, sur les pratiques du marché ou encore celles relatives aux contrats à distance ou aux services de la société de l'information<sup>86</sup>.

**34.- Présentation du chapitre.** Ce chapitre constitue l'occasion de passer en revue le chemin parcouru en droit belge eu égard à l'encadrement du service d'archivage électronique. Celui-ci a débuté par deux législations qui, pour des raisons différentes, n'ont pas abouti à l'établissement d'un

<sup>83</sup> F. COPPENS et M. DEMOULIN, « Le recours à un tiers archiveur : un contrat sur mesure », *op. cit.*, p. 134.

<sup>84</sup> *Ibid.*

<sup>85</sup> M. DEMOULIN, « L'archivage électronique et le droit : entre obligations et précautions », *op. cit.*, p. 16.

<sup>86</sup> F. COPPENS et M. DEMOULIN, « Le recours à un tiers archiveur : un contrat sur mesure », *op. cit.*, p. 135.

cadre légal général en Belgique (Section 1). Ensuite, nous présenterons les dispositions pertinentes contenues dans le Règlement n° 910/2014 (Section 2) avant de clôturer l'exposé par une analyse de l'avant-projet de loi déposé en décembre 2015 au Conseil des ministres et auprès de la Commission européenne (Section 3).

### SECTION 1. – Deux législations non abouties en droit belge

**35.- Présentation de la section.** Voilà plus d'une dizaine d'années que le législateur belge se montre désireux d'encadrer juridiquement l'archivage électronique.

La loi du 15 mai 2007 fixant un cadre juridique pour certains prestataires de service de confiance<sup>87</sup> constitue la première tentative du législateur de réglementer cette matière (§ 1). Ensuite, une proposition de loi modifiant la législation en ce qui concerne l'instauration du droit de l'économie électronique a été déposée en avril 2013. Elle a cependant été mise en suspens compte tenu de la proposition de Règlement n° 910/2014 qui était en négociation au niveau européen et n'a par conséquent jamais dépassé le stade de la proposition (§ 2).

#### § 1. Loi du 15 mai 2007 : une coquille -presque- vide

**36.- Cadre légal.** La loi du 15 mai 2007 fixant un cadre juridique pour certains prestataires de service de confiance encadre juridiquement quatre activités fournies par des prestataires de services de confiance, à savoir les services d'archivage électronique, d'horodatage électronique, de recommandé électronique et de blocage transitoire des sommes versées.

Outre une série de définitions<sup>88</sup>, le cadre juridique est divisé en deux volets intimement liés.

Le premier volet, intégré et mis en œuvre dans la loi elle-même, impose une série d'obligations impératives et générales à l'ensemble des presta-

<sup>87</sup> M.B., 17 juillet 2007.

<sup>88</sup> Dont celle de prestataire de service d'archivage électronique : « toute personne physique ou morale qui offre un service de conservation de données électronique normalement contre rémunération et à la demande d'un destinataire du service, la conservation de ces données électronique étant un élément essentiel du service offert » (art. 2, 2° de la loi du 15 mai 2007 fixant un cadre juridique pour certains prestataires de service de confiance).



taires de services de confiance. Celles-ci consistent en l'interdiction de détourner les données transmises, mais aussi en des obligations d'impartialité, de mise en œuvre de mesures de sécurité, de fourniture d'informations préalablement à la conclusion d'un contrat, de compétence, de confidentialité et de disposer de ressources financières suffisantes.

Parallèlement, la mise en œuvre du second volet a été confiée au Roi. Ainsi, l'article 16 de la loi prévoit que des arrêtés royaux de pouvoir spéciaux doivent déterminer, en plus d'obligations spécifiques à chaque prestataire, « la valeur juridique reconnue aux données numérisées, archivées de manière électronique ainsi que les conditions d'octroi de cette valeur »<sup>89</sup>. Par ailleurs, l'exposé des motifs de la loi indique que le prestataire d'un service d'archivage électronique devra « offrir des garanties spécifiques relatives, notamment, à la lisibilité et à la durabilité des documents archivés »<sup>90</sup>. Ces préoccupations sont d'ailleurs toujours celles animant le législateur à l'heure actuelle.

**37.- Absence des arrêtés royaux.** Néanmoins, cette loi aurait dû être suivie, relativement au second volet, d'arrêtés royaux qui précisent les diverses mesures citées en son article 16. Cette disposition indique également que le Roi aurait dû prendre ces actes avant le 1<sup>er</sup> décembre 2007. Or, aucun arrêté royal n'a été pris dans cette période, ce qui explique que cette loi fût qualifiée de « coquille vide »<sup>91</sup> ou « d'acte manqué »<sup>92</sup>.

Certains articles de la loi du 15 mai 2007, ceux reprenant les définitions ainsi que les obligations générales à charge des prestataires sont, quant à eux, bien entrés en vigueur.

**38.- Apport prévu par l'avant-projet de loi.** En vue de limiter la confusion et les éventuelles contradictions, on peut se réjouir que l'avant-projet de loi prévoie l'abrogation de cette loi et la modification des diverses législations qui y font référence.

<sup>89</sup> Art. 16, al. 1, 2°, de la loi du 15 mai 2007 fixant un cadre juridique pour certains prestataires de service de confiance.

<sup>90</sup> Projet de loi du 11 décembre 2006 fixant un cadre juridique pour certains prestataires de services de confiance, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 2802/001, p. 7.

<sup>91</sup> M. DEMOULIN, « L'archivage électronique et le droit : entre obligations et précautions », *op. cit.*, p. 16.

<sup>92</sup> F. COPPENS, « Le recours aux 'tiers de confiance' dans les transactions en ligne. Paiement, signature, recommandé et archivage électronique », *op. cit.*, p. 811.

## § 2. Proposition de loi du 15 avril 2013 modifiant la législation en ce qui concerne l'instauration du droit de l'économie électronique

**39.- Cadre légal.** L'archivage électronique a fait l'objet, tout comme les services de la signature électronique, de l'horodatage, du recommandé électronique et des services de certification, d'une proposition de loi du 15 avril 2013 visant à introduire un second titre intitulé « Certaines règles relatives au cadre juridique pour les services de confiance » dans le livre XII du Code de droit économique.

Ce titre 2 s'articulait, d'une part, autour des règles inchangées relatives à la signature électronique contenues dans la loi du 9 juillet 2001 (qui devait être abrogée et intégrée dans le Code de droit économique), d'autre part, de nouvelles dispositions visant à créer un cadre juridique pour l'archivage électronique, le recommandé électronique et l'horodatage électronique.

**40.- Intérêt des travaux préparatoires.** Les travaux préparatoires de cette proposition de loi sont extrêmement éclairants sur la volonté du législateur eu égard au service d'archivage électronique. L'objectif du régime envisagé était d'assurer un équilibre entre la souplesse nécessaire à la stimulation de l'offre de service d'archivage électronique et la sécurité permettant d'assurer un niveau de qualité et de protéger les utilisateurs du service. Le législateur entendait parvenir à cet équilibre en instaurant des présomptions et des assimilations dont le service d'archivage électronique qualifié bénéficierait<sup>93</sup>.

**41.- Principes généraux.** Il ressort des travaux préparatoires que le régime juridique envisagé allait reposer sur plusieurs grands principes. Nous proposons d'en préciser quelques-uns.

Premièrement, le législateur envisageait l'encadrement juridique des divers services de confiance de manière harmonisée, se rendant compte qu'un même prestataire pouvait être amené à fournir plusieurs de ces services. Ainsi, les obligations à charge du prestataire pour les divers services étaient liées et se complétaient mutuellement. Le législateur estimait nécessaire, pour comprendre les divers régimes, d'appréhender le cadre légal dans son ensemble<sup>94</sup>.

<sup>93</sup> Proposition de loi du 15 avril 2013 modifiant la législation en ce qui concerne l'instauration du droit de l'économie électronique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2745/001, p. 5.

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 6.



Deuxièmement, le cadre légal s'appliquait à la fois lorsque le service était fourni par un prestataire tiers ou lorsqu'il était exploité par un service public ou une personne physique ou morale pour son propre compte, un allègement des exigences étant prévue dans ce second cas.

Enfin, une liberté de choix était offerte aux prestataires qui pouvaient choisir d'offrir un service d'archivage électronique qualifié ou non. Ces principes sont d'ailleurs en ligne avec ceux repris dans le futur cadre légal applicable en Belgique en matière d'archivage électronique.

**42.- Suspension par la Commission européenne.** Cette proposition de loi aurait pu aboutir au mois de novembre 2013 mais a été suspendue par la Commission européenne dans le cadre de la procédure prévue par la directive 98/34/CE du 22 juin 1998<sup>95</sup>. Celle-ci oblige les États membres souhaitant légiférer dans certaines matières, dont celle des services de la société de l'information, à notifier leur proposition de texte à la Commission et aux autres États membres afin qu'ils puissent examiner la conformité du texte avec la législation en vigueur au sein de l'Union européenne. Étant donné qu'à l'époque de cette notification, le Règlement n° 910/2014 faisait l'objet de négociation au niveau européen, la Commission a suspendu la proposition de loi belge qui est devenue caduque<sup>96</sup>.

## SECTION 2. – L'archivage électronique conformément au Règlement n° 910/2014

**43.- Statut du service d'archivage électronique.** À la lecture du Règlement n° 910/2014, il apparaît que le législateur européen n'a pas entendu conférer à l'archivage électronique un statut identique à celui des autres services de confiance tels que la signature électronique ou le recommandé électronique. En effet, ce texte n'appréhende pas l'archivage électronique comme un service de confiance en tant que tel et ne l'encadre pas juridiquement. Tout juste l'a-t-il envisagé comme un accessoire de deux autres services de confiance.

<sup>95</sup> La procédure prévue par la directive 98/34/CE du 22 juin 1998 a été codifiée pour la seconde fois par la directive (UE) 2015/1535. C'est à présent sous ce vocable que celle-ci est connue.

<sup>96</sup> D. GOBERT, « Le Règlement européen du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance (eIDAS) : analyse approfondie », février 2015, p. 48 (publié sur le site [www.droit-technologie.org](http://www.droit-technologie.org)).

**44.- Dispositions du Règlement consacrées à l'archivage électronique.** Seules deux dispositions du Règlement sont liées à la question de la conservation ; il s'agit des articles 34 et 40 du texte qui sont relatifs respectivement à la conservation de la signature électronique qualifiée et à celle du cachet électronique qualifié. Le considérant 61 du Règlement pointe l'importance de prévoir la conservation à long terme d'information dans l'objectif d'assurer « la validité juridique des signatures et cachets électroniques » et de garantir que ces informations « pourront être validées indépendamment de l'évolution technologique ». C'est dans cette optique qu'ont été adoptés les articles 34 et 40 du Règlement.

**45.- Article 34 du Règlement.** L'article 34 du Règlement, qualifié d'« embryon de disposition sur l'archivage électronique »<sup>97</sup>, est consacré à la fourniture d'un service de conservation qualifié des signatures électroniques qualifiées. Il prévoit que :

« 1. Un service de conservation qualifié des signatures électroniques qualifiées ne peut être fourni que par un prestataire de services de confiance qualifié qui utilise des procédures et des technologies permettant d'étendre la fiabilité des signatures électroniques qualifiées au-delà de la période de validité technologique.

2. La Commission peut, au moyen d'actes d'exécution, déterminer les numéros de référence des normes applicables au service de conservation qualifié des signatures électroniques qualifiées. Le service de conservation qualifié des signatures électroniques qualifiées est présumé satisfaire aux exigences fixées au paragraphe 1 lorsqu'il respecte ces normes. Ces actes d'exécution sont adoptés en conformité avec la procédure d'examen visée à l'article 48, paragraphe 2 ».

Conformément au paragraphe premier, si un prestataire de service de confiance qualifié décide de fournir un service de conservation qualifié de signatures électroniques qualifiées, il est tenu d'utiliser des procédures et technologies permettant d'assurer la fiabilité des signatures électroniques qualifiées au-delà de la période de validité technologique. Le terme « fiabilité » utilisé dans l'article, ainsi que dans d'autres dispositions du Règlement, n'est toutefois pas défini par le texte européen.

Le second paragraphe de la disposition renvoie à la Commission européenne le soin de déterminer, par le biais d'actes d'exécution, le numéro de référence des normes applicables à ce service. Il instaure également une présomption : le service de conservation qualifié qui respectera ces normes sera présumé satisfaire aux exigences du paragraphe premier.

<sup>97</sup> D. GOBERT, « Le Règlement européen du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance (eIDAS) : évolution ou révolution ? », *op. cit.*, pp. 44 et 45.



**46.- Article 40 du Règlement.** L'article 40 du Règlement n° 910/2014 indique que l'article 34 du Règlement s'applique *mutatis mutandis* à la conservation des cachets électroniques qualifiés :

« Les articles 32, 33 et 34 s'appliquent *mutatis mutandis* à la validation et à la conservation des cachets électroniques qualifiés ».

Ces deux dispositions appellent quelques remarques.

**47.- Intérêt de l'encadrement de la question de la conservation des signatures et cachets électroniques qualifiés.** Puisque le Règlement encadre la fourniture des services de signature électronique et de cachet électronique, il était évidemment indispensable d'aborder la question de la conservation de ces instruments en vue de pouvoir procéder à des vérifications à leur égard lorsque cela s'avère nécessaire. Par exemple, lors de la signature d'un document, il faut pouvoir vérifier si le certificat n'est pas expiré ni révoqué. En outre, la vérification de l'identité du signataire, de l'intégrité du contenu ou de l'accès au document signé qui a été crypté à des fins de confidentialité pourrait devenir impossible après un certain nombre d'années si les « clés de cryptage (publique et privée), les certificats et les dispositifs de création et de vérification des signatures »<sup>98</sup> n'ont pas été conservés.

**48.- Limitation aux signatures et cachets électroniques qualifiés.** L'article 34 du Règlement n° 910/2014, et par analogie, l'article 40 de l'instrument, limitent cette fourniture du service de conservation – nécessairement qualifié – aux signatures électroniques qualifiées et aux cachets électroniques qualifiés. N'est donc pas envisagée la question de la conservation des signatures et cachets électroniques non qualifiés.

**49.- Absence des actes d'exécution.** En l'absence d'actes d'exécution de la Commission, les exigences liées à ce service de conservation semblent assez vagues. Rappelons d'ailleurs que ces deux articles seront applicables à partir du 1<sup>er</sup> juillet 2016<sup>99</sup>. Il est à espérer que les actes d'exécution auront été adoptés à cette date. Précisons que l'article 34.2 du Règlement est, en vertu de l'article 52.2.a) du même texte, entré en vigueur le 17 septembre 2014, date à partir de laquelle la Commission pouvait prendre les actes d'exécution visés par la disposition.

<sup>98</sup> M. DEMOULIN et D. GOBERT, « Le règlement européen du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance (eIDAS) : analyse approfondie », *op. cit.*, pp. 108-109.

<sup>99</sup> Art. 52 du Règlement n° 910/2014.

**50.- Réticence du législateur européen.** Si elle n'est pas complètement exclue du Règlement, la question de la conservation électronique n'est considérée dans celui-ci que de manière très parcellaire et uniquement en soutien à deux services de confiance.

Il est regrettable que le législateur européen se soit montré réticent face à la reconnaissance et à l'encadrement juridique de l'archivage électronique comme sixième service de confiance. Certains États membres avaient exprimé, lors des discussions sur le sujet, qu'ils craignaient qu'il ne soit touché aux règles de fond de l'archivage. Or, il n'aurait nullement été question de réglementer le fond de la matière mais bien de procéder de manière analogue à ce qui a été réalisé pour les autres services, à savoir donner de la valeur à l'archivage électronique par la création d'un « équivalent électronique de l'archivage papier »<sup>100</sup> et déterminer les conditions selon lesquelles l'archivage électronique peut avoir lieu. Vu l'absence d'accord suffisant et l'opposition clairement exprimée de la part de certains États membres, le législateur européen a préféré laisser de côté le service d'archivage électronique et garantir l'encadrement des autres services de confiance.

### SECTION 3. – Consécration en droit belge de dispositions règlementant l'archivage électronique

**51.- Marge de manœuvre des États membres.** Si le législateur européen a préféré ne pas légiférer en matière d'archivage électronique, il a néanmoins laissé aux États membres la possibilité de l'encadrer juridiquement comme l'indique le considérant 25 du Règlement : « les États membres devraient rester libres de définir d'autres types de services de confiance, en plus de ceux qui figurent sur la liste fermée des services de confiance prévus par le présent Règlement, aux fins de leur reconnaissance au niveau national comme des services de confiance qualifiés ».

**52.- Avant-projet de loi.** La Belgique a saisi cette possibilité et s'est attachée à préparer un régime juridique encadrant le service d'archivage électronique. Ainsi, le 11 décembre 2015, le Conseil des ministres fédéral a approuvé l'avant-projet de loi mettant en œuvre et complétant le règlement (UE) n° 910/2014 du parlement européen et du conseil du 23 juillet 2014 et portant insertion du titre 2 « Certains règles relatives au cadre

<sup>100</sup> D. GOBERT, « Le Règlement européen du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance (eIDAS) : évolution ou révolution ? », *op. cit.*, pp. 44 et 45.



juridique pour les services de confiance » dans le livre XII « Droit de l'économie électronique » du Code de droit économique.

Le 15 décembre 2015, l'avant-projet de loi a été soumis à la procédure de notification prévue par la directive 2015/1535<sup>101</sup>. À cette date a débuté une période de *statu quo* de trois mois au cours de laquelle la Belgique ne peut adopter le texte législatif afin de laisser à la Commission et aux autres États membres le soin de vérifier si le texte notifié est compatible avec la législation de l'Union européenne et les principes s'appliquant au marché intérieur.

La présente analyse se base sur l'avant-projet de loi tel que rendu public en décembre 2015 et doit donc être considérée avec prudence ; l'avant-projet de loi n'étant qu'à l'aurore du processus législatif, il est susceptible de subir des modifications avant d'éventuellement se concrétiser en un cadre légal applicable.

**53.- Présentation de la section.** L'objet de cette section sera d'examiner les apports de l'avant-projet de loi eu égard à l'encadrement juridique de l'archivage électronique et plus particulièrement par rapport aux deux problématiques à l'origine de l'incertitude juridique existante en la matière, à savoir l'absence de cadre légal en matière d'archivage électronique (§ 1) et la différence de valeur juridique accordée à un document original et à sa copie (§ 2).

## § 1. Archivage électronique en tant que service de confiance

**54.- Présentation du paragraphe.** L'analyse juridique du service de confiance d'archivage électronique, tel qu'encadré par l'avant-projet de loi, se décompose en deux parties. Nous examinerons d'une part le champ d'application de l'avant-projet de loi et quelques définitions pertinentes, d'autre part, les principes généraux contenus dans le texte.

### A. Champ d'application et définitions

**55.- Champ d'application.** Le champ d'application du futur titre 2 du livre XII du Code de droit économique est précisé à l'article 5 de l'avant-projet de loi, qui projette d'insérer un article XII.24 au sein du Code de droit économique.

Outre la mise en œuvre du Règlement n° 910/2014, ce titre 2 fixe certaines règles complémentaires à celles du texte européen et relatives au

<sup>101</sup> Cf. note de bas de page 95.

cadre juridique pour le service d'archivage électronique qui est offert par un prestataire de service de confiance établi en Belgique. Il s'applique également lorsqu'un tel service est exploité pour son propre compte par un organisme du secteur public ou une personne physique ou morale établie en Belgique (futur article XII.24, § 2, alinéa 2, du Code de droit économique).

Par ailleurs, il est prévu que les nouvelles règles ne porteront pas préjudice aux dispositions de la loi du 24 juin 1955 relative aux archives et que les systèmes spécifiques mis en place par certaines administrations par le biais de lois spéciales seront exclus du champ d'application du Règlement et du futur titre 2 et de ses annexes<sup>102</sup> (futur art. XII.24, § 2, al. 1 et 2, CDE).

**56.- Prestataire de service de confiance – définition.** Le prestataire de service de confiance est défini à l'article 3.19° du Règlement comme « une personne physique ou morale qui fournit un ou plusieurs services de confiance, en tant que prestataire de services de confiance qualifié ou non qualifié ». L'archivage électronique étant considéré comme un service de confiance<sup>103</sup> par le législateur belge, le prestataire de service d'archivage électronique est tenu de se conformer aux dispositions du Règlement n° 910/2014 applicables à tous les prestataires de service de confiance<sup>104</sup>.

**57.- Service d'archivage électronique – définition.** L'article 2 de l'avant-projet de loi propose d'insérer à l'article I.18.17° du Code de droit économique une définition du service d'archivage électronique. En vertu de cette disposition, il s'agit d'un « service de confiance complémentaire à ceux (...) du Règlement 910/2014, qui consiste en la conservation

<sup>102</sup> Cette exclusion était déjà prévue par la proposition de loi du 15 avril 2013 et s'explique par le fait que certaines administrations avaient mis en place des systèmes spécifiques par le biais de lois spéciales, notamment dans le domaine de la sécurité sociale. Ces systèmes ayant entraîné des frais importants et étant déjà en cours d'utilisation, il a été décidé de les exclure du champ d'application du futur cadre légal. Voy. Proposition de loi du 15 avril 2013 modifiant la législation en ce qui concerne l'instauration du droit de l'économie électronique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2745/001, p. 14.

<sup>103</sup> Rappelons que le service de confiance est défini par l'article 3.16° du Règlement comme « un service électronique normalement fourni contre rémunération qui consiste :

a) en la création, en la vérification et en la validation de signatures électroniques, de cachets électroniques ou d'horodatages électroniques, de services d'envoi recommandé électronique et de certificats relatifs à ces services ; ou

b) en la création, en la vérification et en la validation de certificats pour l'authentification de site internet ; ou

c) en la conservation de signatures électroniques, de cachets électroniques ou des certificats relatifs à ces services ».

<sup>104</sup> À cet égard, nous renvoyons à la contribution d'Hervé Jacquemin consacrée aux principes applicables à tous les services de confiance et au document électronique dans le présent ouvrage.



de données électroniques ou la numérisation de documents papiers, et qui est fourni par un prestataire de services de confiance (...) ou qui est exploité pour son propre compte par un organisme du secteur public ou une personne physique ou morale ».

Cette définition distingue deux types d'archivage électronique – la conservation de données originellement électroniques et la numérisation puis conservation des documents initialement papier – ainsi que deux catégories d'archivage – le tiers prestataire de service auquel un utilisateur a recours et l'entité ou l'individu lui-même pour son propre compte.

Il est permis de s'interroger sur l'opportunité d'avoir intégré dans la définition du service d'archivage électronique l'hypothèse de la conservation des documents en interne par un organisme du secteur public ou une personne physique ou morale. Cette hypothèse n'était pas prévue dans le régime juridique instauré par la loi du 15 mai 2007 comme l'indiquent les travaux préparatoires : « il semble également important de préciser que seuls les services fournis à la demande d'un destinataire du service sont visés par le cadre juridique. Ne sont pas concernés les services fournis spontanément ou pour son propre compte »<sup>105</sup>. Ainsi, l'entité qui archivait les données pour son propre compte était exclue du champ d'application de la loi. La proposition de loi du 15 avril 2013 prévoyait, quant à elle, que les services d'archivage pouvaient être fournis soit par un prestataire de service au profit du public soit exploité par un service public ou une personne physique ou morale pour son propre compte<sup>106</sup>. Le cadre légal en préparation maintient cette insertion.

**58.- Service d'archivage électronique qualifié – définition.** L'avant-projet de loi vise également l'insertion, à l'article L.18,18°, du Code de droit économique, de la définition du service d'archivage électronique qualifié, qui consiste en un « service d'archivage électronique fourni par un prestataire de services de confiance qualifié (...) se conformant aux dispositions du titre 2 et de l'annexe I du livre XII ou exploité pour son propre compte par un organisme du secteur public ou une personne physique ou morale et se conformant aux dispositions du même titre et de la même annexe, à l'exception de e), i), j) et k) ».

<sup>105</sup> Projet de loi du 11 décembre 2006 fixant un cadre juridique pour certains prestataires de services de confiance, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 2802/001, p. 10.

<sup>106</sup> Art. 2 de la proposition de loi modifiant la législation en ce qui concerne l'instauration du droit de l'économie électronique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2745/001, p. 30.

## B. Principes généraux

**59.- Examen des principes généraux.** Il convient d'examiner les articles dédiés aux principes généraux que l'avant-projet de loi, tel qu'il est actuellement rédigé, entend insérer dans le Code de droit économique.

À titre liminaire, nous remarquons qu'une partie importante des principes généraux du régime juridique est intégrée à l'article XII.25 du Code de droit économique. Cette disposition fourre-tout manque, selon nous, de clarté et de cohérence<sup>107</sup>. Un certain ordre logique dans l'articulation des paragraphes de l'article aurait le mérite de faciliter la lecture du texte législatif.

### a) Principe de la liberté de choix du support

**60.- Article XII.25, § 1<sup>er</sup>, du Code de droit économique.** Le futur article XII.25, § 1<sup>er</sup>, du Code de droit économique, tel qu'inséré par l'article 7 de l'avant-projet de loi, prévoit qu'« à défaut de dispositions légales contraires, nul ne peut être contraint de poser un acte juridique par voie électronique ».

Conformément à cette disposition, chaque personne conserve le libre choix du support (papier ou électronique) par lequel elle pose ses actes juridiques, à moins qu'une disposition légale n'impose le recours au support électronique.

Notons que cette liberté de choix du support était déjà prévue par l'article 4, § 1<sup>er</sup> de la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification<sup>108</sup>.

### b) Principe de non-discrimination

**61.- Article XII.25, § 4, du Code de droit économique.** Tant le service d'archivage électronique qualifié que le non qualifié bénéficient du principe de non-discrimination qui est inséré par l'article 7 de l'avant-projet de loi.

En vertu de ce principe prévu à l'article XII.25, § 4, du Code de droit économique, « l'effet juridique et la recevabilité d'un archivage électronique

<sup>107</sup> En effet, certains paragraphes concernent l'ensemble des services de confiance (§§ 1, 2 et 9), d'autres sont consacrés au cachet électronique (§§ 3 et 12) ou à l'archivage électronique (§§ 4 à 6) et les derniers sont relatifs à d'autres services de confiance (§§ 5, 7, 8, 10 et 11).

<sup>108</sup> Art. 4, § 1<sup>er</sup> de la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification, *M.B.*, 29 septembre 2001.



comme preuve en justice ne peuvent être refusés au seul motif que cet archivage se présente sous une forme électronique ou qu'il ne satisfait pas aux exigences du service d'archivage électronique qualifié ».

Conformément au principe de non-discrimination, il sera désormais possible de recourir à l'archivage électronique pour répondre à une obligation de conservation, l'archivage papier n'étant plus le seul admissible.

Par ailleurs, un service non qualifié ne pourra pas voir ses effets juridiques ou sa recevabilité comme preuve refusés du simple fait qu'il ne s'agit pas d'un service qualifié.

**62.- Service d'archivage électronique non qualifié.** Le service d'archivage électronique non qualifié ne se voit donc pas privé de toute reconnaissance juridique puisqu'il bénéficie du principe de non-discrimination. Cependant, l'utilisateur d'un tel service ne profite pas des présomptions accordées au service d'archivage électronique qualifié qui dispensent l'utilisateur de la charge de la preuve dans l'hypothèse d'une contestation<sup>109</sup>.

Le cas échéant, il devra prouver lui-même que le document présenté constitue une copie fidèle et durable du document original et que sa conservation présente les qualités nécessaires de nature à assurer la fiabilité du service d'archivage électronique.

Cela revient, selon nous, à démontrer que le service d'archivage électronique utilisé remplit les fonctions attendues pour un tel service. En pratique, nous pensons qu'il s'agira notamment de prouver que le procédé mis en œuvre permet de rencontrer les qualités fixées à l'annexe 1 de l'avant-projet de loi, à savoir permet de conserver la lisibilité des données, de préserver l'intégrité et l'authenticité des données et d'éviter les modifications des données sous réserve de celles relatives à leur support ou leur format qui sont nécessaires pour l'accomplissement du service. Pour démontrer le maintien de ces qualités, l'utilisateur pourra présenter les éléments périphériques qui auront été conservés (*supra*, nos 22 à 28 de la présente contribution).

### c) Principes applicables au service d'archivage électronique qualifié

**63.- Service d'archivage électronique qualifié.** L'avant-projet de loi entend encadrer le recours ou l'exploitation d'un service d'archivage électronique qualifié par une série de dispositions spécifiques formulées dans divers paragraphes de l'article XII.25 du Code de droit économique, tel qu'inséré par l'article 7 de l'avant-projet de loi.

<sup>109</sup> D. GOBERT, « Le Règlement européen du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance (eIDAS) : analyse approfondie », février 2015, p. 25 (publié sur le site [www.droit-technologie.org](http://www.droit-technologie.org)).

**64.- Article XII.25, § 5, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code de droit économique – Présomption de conformité à l'obligation de conservation.** L'alinéa premier du futur article XII.25, § 5, du Code de droit économique consacre une présomption de conformité de l'archivage électronique qualifié pour satisfaire à une obligation légale ou réglementaire de conservation.

Cet alinéa prévoit que « sous réserve de l'application d'exigences légales ou réglementaires particulières, lorsqu'une obligation de conservation de données ou de documents est imposée, de manière expresse ou tacite, par un texte légal ou réglementaire, cette obligation est présumée satisfaite par le recours à un service d'archivage électronique qualifié ».

Si une loi ou un texte réglementaire prévoit, de manière explicite ou implicite, l'obligation de conserver des données ou des documents, cette obligation est considérée être respectée si la conservation a été réalisée par le biais d'un service d'archivage électronique qualifié.

La proposition de loi du 15 avril 2013 prévoyait l'insertion dans le Code de droit économique d'une disposition quasiment semblable, l'article XII.25, § 7, alinéa 1<sup>er</sup> du Code de droit économique<sup>110</sup>. Dans les commentaires des articles, il était précisé que cet alinéa consacrait une présomption irréfutable<sup>111</sup>.

**65.- Article XII.25, § 5, alinéa 2, du Code de droit économique – Présomption d'intégrité du contenu.** L'article XII.25, § 5, alinéa 2, du Code de droit économique prévoit une présomption d'intégrité du contenu du document électronique conservé au moyen d'un service d'archivage électronique qualifié.

Cet alinéa énonce que « sous réserve de l'application d'exigences légales ou réglementaires particulières, les données électroniques conservées au moyen d'un service d'archivage électronique qualifié sont présumées avoir été conservées de manière à les préserver de toute modification, sous réserve des modifications relatives à leur support ou leur format électronique ».

Dans la proposition de loi du 15 avril 2013, le législateur a montré son intention d'accorder à cette présomption un caractère réfragable. En effet,

<sup>110</sup> « Sous réserve de l'application d'exigences légales ou réglementaires particulières, lorsqu'une obligation de conservation de données ou de documents est imposée, de manière expresse ou tacite, par un texte légal ou réglementaire, cette obligation est satisfaite par le recours à un service d'archivage électronique qualifié ». Voy. art. 3 de la proposition de loi du 15 avril 2013 modifiant la législation en ce qui concerne l'instauration du droit de l'économie électronique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2745/001, p. 33, insérant l'article XII.25, § 7, alinéa 1<sup>er</sup> dans le Code de droit économique.

<sup>111</sup> Proposition de loi du 15 avril 2013 modifiant la législation en ce qui concerne l'instauration du droit de l'économie électronique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2745/001, p. 15.



l'article XII.25, § 5, alinéa 2, du Code de droit économique tel qu'inséré par l'avant-projet de loi est identique à l'article XII.25, § 7, alinéa 2, que l'article 3 de la proposition de loi projetait d'intégrer au même Code et les commentaires des articles de cette proposition indiquaient que la présomption contenue à l'article était réfragable<sup>112</sup>.

Il reviendra donc à celui qui conteste le maintien de l'intégrité du document produit en justice de renverser la présomption.

Par ailleurs, les termes « sous réserve des modifications relatives à leur support ou leur format électronique » de la disposition font référence à l'appréhension juridique du concept d'intégrité du document et permettent de ne pas tenir compte des modifications de support ou de format nécessaires au bon déroulement du processus d'archivage électronique ou au maintien de la lisibilité des données<sup>113</sup>.

**66.- Article XII.25, § 5, alinéa 3, du Code de droit économique – Recours obligatoire à un service qualifié en cas d'obligation expresse de conservation.** Outre ces deux présomptions, l'article XII.25, § 5, du Code de droit économique, dans son prescrit actuel, prévoit en son troisième alinéa que « sous réserve de l'application d'exigences légales ou réglementaires particulières, lorsqu'une obligation de conservation de données ou de documents est imposée de manière expresse par un texte légal ou réglementaire, il est recouru à un service d'archivage électronique qualifié si le destinataire du service opte pour la voie électronique ».

Cet alinéa constitue une nouveauté puisque, contrairement aux deux alinéas précédents, il n'existait pas dans la proposition de loi du 15 avril 2013.

Celui-ci pose question puisqu'il impose le recours à l'archivage électronique qualifié aux entités qui sont soumises à des exigences de conservation légales ou réglementaires « expresses » et qui optent pour un système d'archivage électronique.

Ce futur article XII.25, § 5, alinéa 3 du Code de droit économique implique la formulation de plusieurs commentaires.

D'abord, l'articulation de cet alinéa avec l'alinéa premier du même article nous semble problématique puisque ce dernier, qui vise les obligations de conservation expresses et tacites, ne prévoit qu'une présomption en faveur de l'archivage électronique qualifié et implique donc que l'entité souhaitant procéder à de l'archivage électronique peut avoir recours

à un service d'archivage électronique non qualifié. Pour pouvoir articuler les obligations de ces deux alinéas, les entités devront distinguer les obligations expresses des obligations tacites.

Par ailleurs, d'un point de vue pratique, cette disposition aura pour conséquence de faire peser sur les utilisateurs une obligation extrêmement lourde et onéreuse, particulièrement pour ceux procédant à l'archivage électronique en interne. Par exemple, un hôpital obligé de conserver le dossier médical des patients, une entreprise tenue de conserver ses factures ou un service public fédéral devant garder ses documents administratifs sont soumis, selon nous, à des obligations légales expresses<sup>114</sup>. Ces entités, si elles décident de conserver leurs documents de manière électronique, auront l'obligation de mettre en place elles-mêmes ou de souscrire à un service qualifié.

Or, recourir ou exploiter pour leur propre compte un tel service qualifié implique le respect d'obligations qui sont contraignantes et coûteuses. Ainsi, en vertu de l'article XII.28, § 1<sup>er</sup>, du Code de droit économique, l'archivageur devra respecter les dispositions du Règlement n° 910/2014 applicables aux prestataires de service de confiance qualifié et les exigences visées par le titre 2 et l'annexe 1 du Code de droit économique, sous réserve, pour ceux exploitant le service en interne, des dispenses octroyées par l'article XII.28, § 2, du même instrument (*infra*, n°s 70 et 71 de la présente contribution).

Enfin, de par sa formulation catégorique, nous nous demandons si cette disposition ne restreint pas la liberté de choix des entités tant en ce qui concerne l'option entre un service qualifié ou non qualifié que relativement au choix entre le papier et l'électronique. D'une part, tous les documents à conserver ne nécessitent pas nécessairement le même degré de protection, particulièrement compte tenu du coût important d'un mécanisme de sécurité maximale<sup>115</sup> et l'archivageur devrait en principe pouvoir lui-même juger des risques qu'il souhaite prendre. Toutefois, des restrictions imposées par le législateur à la liberté de choix entre le service qualifié ou non qualifié peuvent s'expliquer par des impératifs de sécurité juridique ou de protection des parties faibles. D'autre part, en imposant des exigences de conservation plus contraignantes si cette conservation est réalisée de manière électronique, le législateur ne favorise pas le recours au procédé électronique. Contrairement à ce qui est prévu en matière

<sup>112</sup> Proposition de loi du 15 avril 2013 modifiant la législation en ce qui concerne l'instauration du droit de l'économie électronique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2745/001, p. 15.

<sup>113</sup> Voy. *supra*, n° 26 dans la présente contribution.

<sup>114</sup> Respectivement l'article 1<sup>er</sup>, § 3, de l'arrêté royal du 3 mai 1999, l'article III.86. du Code de droit économique et l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 24 juin 1955, *supra*, n° 4 dans la présente contribution.

<sup>115</sup> M. DEMOULIN, « De l'archivage électronique à la gouvernance informationnelle : quelle place pour le juriste ? », *op. cit.*, p. 213.



d'archivage électronique, l'archivage dans l'environnement papier n'est soumis à des exigences que de manière ponctuelle comme par exemple par la loi sur les archives qui impose que les documents administratifs soient conservés en bon état, de manière ordonnée et accessible<sup>116</sup>.

Pour conclure au sujet de l'article XII.25, § 5, alinéa 3, du Code de droit économique, tel que formulé par l'avant-projet de loi, nous reconnaissons qu'il a un certain sens afin d'assurer que les documents dont la loi impose de manière expresse la conservation soient conservés en présentant des garanties élevées. Néanmoins, pour les raisons évoquées ci-dessus, nous remettons en question le libellé de la disposition et ses conséquences pratiques.

**67.- Article XII.25, § 6, du Code de droit économique – Présomption de copie fidèle et durable.** Le futur paragraphe 6 de l'article XII.25 du Code de droit économique sera dédié aux archives numérisées. Cette disposition prévoit qu'une copie numérique d'un document créé en version papier « est présumée en être une copie fidèle et durable lorsqu'elle est réalisée et conservée au moyen d'un service d'archivage électronique qualifié ». Dans cette hypothèse, la destruction du document original papier est autorisée « sous réserve de l'application des dispositions légales et réglementaires relatives à la préservation et à l'élimination des archives du secteur public, en particulier de l'article 5 de la loi du 24 juin 1955 relative aux archives ».

Cette disposition déjà contenue dans la proposition de loi du 15 avril 2013 implique que la numérisation du document original et la conservation de la copie ainsi réalisée doivent être effectuées au moyen d'un service d'archivage électronique qualifié pour qu'une copie soit présumée être une copie fidèle et durable de l'original papier. Dans ce cas, il pourra être procédé à la destruction de cet original.

Toutefois, cette possibilité ne dispense pas le prestataire d'archivage électronique qualifié placé sous le contrôle des Archives de l'État de lui demander l'autorisation d'élimination conformément à l'article 5 de la loi relative aux archives.

De surcroît, ce paragraphe doit être lu en combinaison avec le futur alinéa 2 de l'article 1334 du Code civil qui est inséré par l'avant-projet de loi<sup>117</sup>.

On précisera encore que l'article XII.25, § 6, de l'avant-projet de loi est identique à l'article XII.25, § 8, que la proposition de loi du 15 avril

<sup>116</sup> Art. 1<sup>er</sup> de la loi du 24 juin 1955 relative aux archives, 24 juin 1955, *M.B.*, 12 Août 1955.

<sup>117</sup> Cf. *infra*, nos 75 et 76 de la présente contribution.

2013 envisageait d'insérer dans le code de droit économique. Les travaux préparatoires de la proposition précisait que la présomption contenue dans ce paragraphe 8 était une présomption réfragable.

#### d) Exigences relatives au service d'archivage électronique

**68.- Articles XII.27 à XII.29 du Code de droit économique.** Les articles 9 à 12 de l'avant-projet de loi, qui insèrent les articles XII.27 à XII.29 dans le Code de droit économique, énoncent une série d'exigences relatives au service d'archivage électronique.

**69.- Exigences liées au service d'archivage électronique non qualifié.** L'article XII.27 du Code de droit économique prévoit qu'« un prestataire de services d'archivage électronique satisfait *mutatis mutandis* aux dispositions du Règlement 910/2014 applicables au prestataire de services de confiance non qualifié ». Sont notamment visées les exigences de sécurité prévues à l'article 19 du Règlement n° 910/2014.

**70.- Exigences liées au service d'archivage électronique qualifié – recours à un prestataire de service d'archivage électronique.** Le futur article XII.28 du Code de droit économique est entièrement consacré au service d'archivage électronique qualifié. Il reprend les exigences qu'un prestataire de service d'archivage électronique qualifié ou qu'une entité (organisme du secteur public, personne physique ou personne morale) qui exploite pour son propre compte un service d'archivage électronique qualifié doivent respecter. Au sujet de ces entités exploitant en interne un service d'archivage électronique, nous renvoyons au point 71 de la présente contribution.

En vertu de l'article 28, § 1<sup>er</sup>, du Code de droit économique, un prestataire de service d'archivage électronique qualifié doit satisfaire aux obligations du Règlement n° 910/2014 applicables à tous les prestataires de services de confiance qualifiés ainsi qu'aux exigences visées par le titre 2 du livre XII du Code de droit économique et à son annexe 1.

En premier lieu, il est tenu de respecter les exigences du Règlement. Il s'agit des obligations :

- de se soumettre au contrôle de l'Organe de contrôle (art. 17 du Règlement),
- de remplir des exigences en matière de sécurité (art. 19 du Règlement),
- de se soumettre à un contrôle notamment sous la forme d'un audit réalisé tous les 24 mois (art. 20 du Règlement),
- de se soumettre à une procédure préalablement au lancement du service (art. 21 du Règlement),



- d'être inscrit sur la liste de confiance (art. 22 du Règlement),
- liées à l'activité de prestataire de services de confiance qualifiés en tant que tel (art. 24 du Règlement).

Deuxièmement, le prestataire d'un service d'archivage électronique qualifié doit respecter les exigences du titre 2 du livre XII qui seront reprises aux articles XII.24 à XII.38 du Code de droit économique.

Troisièmement, il est tenu au respect des exigences de l'annexe 1 telle qu'actuellement rédigée. Celles-ci sont de nature organisationnelle et technique et ont pour but d'accroître la fiabilité du service.

**71.- Exigences liées au service d'archivage électronique qualifié – Archivage en interne.** L'organisme du secteur public ou la personne physique ou morale qui exploite un service d'archivage électronique pour son propre compte est également tenu, conformément au futur article XII.28, § 1<sup>er</sup>, du Code de droit économique, de satisfaire aux dispositions du règlement n° 910/2014 applicables au prestataire de service de confiance qualifié ainsi qu'aux exigences visées par le titre 2 du Code de droit économique et à son annexe 1.

Relativement à l'annexe 1 de l'avant-projet de loi, nous remarquons avec étonnement que l'hypothèse de l'entité procédant à l'archivage en interne n'est pas reprise expressément dans celle-ci, qui ne vise que « le prestataire de service de confiance qualifié établi en Belgique qui offre un service d'archivage électronique qualifié ». Toutefois, nous pensons qu'il ne s'agit que d'un oubli puisque l'article XII.28, § 1<sup>er</sup>, du Code de droit économique prévoit que les exigences visées par l'annexe doivent être respectées tout autant par un prestataire de service d'archivage électronique qualifié que par un individu ou une entité qui exploite en interne un service d'archivage électronique qualifié.

Toutefois, le paragraphe 2 de l'article XII.28 du Code de droit économique prévoit une série de dispenses aux exigences du paragraphe premier lorsque le service d'archivage électronique qualifié est exploité pour son propre compte par une entité. En effet, celle-ci est dispensée des obligations :

- liées à la procédure de lancement d'un service de confiance qualifié (art. 21 du Règlement) ;
- d'informer l'organe de contrôle des modifications dans la fourniture des services ou de son intention de cesser ses activités (art. 24.2.a) du Règlement) ;
- d'informer le potentiel cocontractant des conditions relatives à l'utilisation du service (art. 24.2.d) du Règlement) ;
- d'établir un plan actualisé d'arrêt d'activité (art. 24.2.i) du Règlement) ;

- de répondre dans un délai raisonnable à la demande de restitution des données d'un destinataire de son service (pt (e) de l'annexe 1) ;
- de fournir aux destinataires de son service un accès facile et direct à des informations spécifiées (pt (i) de l'annexe 1) ;
- de faire preuve d'impartialité vis-à-vis des destinataires de son service (pt (j) de l'annexe 1) ;
- de disposer des moyens financiers suffisants (pt (k) de l'annexe 1).

La majorité des dispenses dont l'archiviste bénéficie si le service est fourni en interne sont en réalité spécifiques à la relation contractuelle entre un utilisateur d'un service d'archivage électronique et un tiers offrant ce service. Il est dès lors logique qu'elles ne soient pas à charge d'une entité exploitant un tel service pour son propre compte.

Par contre, nous remarquons que l'obligation prévue à l'article 20 du Règlement, imposant aux prestataires de service de confiance qualifié de faire l'objet d'un audit au moins tous les deux ans et effectué à leurs frais, n'est pas reprise dans la liste des exemptions.

En contrepartie de ces dispenses, ces entités exploitant pour leur propre compte un service d'archivage électronique qualifié seront tenues de communiquer une série d'informations, spécifiées dans l'article XII.28, § 2, du Code de droit économique, à l'Organe de contrôle, et ce avant le début de l'exploitation du service. Cette déclaration préalable doit notamment être accompagnée d'un rapport d'évaluation effectué par un organisme d'évaluation de la conformité, sur la base duquel l'Organe peut procéder à un contrôle.

Par conséquent, l'organisme du secteur public ou la personne physique ou morale qui exploite pour son propre compte un service d'archivage électronique qualifié certes bénéficie des présomptions juridiques attachées à toute fourniture d'un service d'archivage électronique qualifié mais au prix du respect d'un régime qui n'est que légèrement moins lourd que celui applicable aux prestataires tiers.

**72.- Article XII.28, § 3, du Code de droit économique – Normes applicables aux services d'archivage électronique qualifié.** L'article XII.28 du Code de droit économique prévoit, en son troisième paragraphe, qu'un arrêté royal pourra être pris pour déterminer les numéros de référence des normes applicables aux services d'archivage électronique qualifié. Un service qui respectera ces normes sera présumé satisfaire aux exigences du titre 2 et de l'annexe 1.

**73.- Article XII.29 du Code de droit économique – Régime de responsabilité.** Pour conclure sur ce point dédié aux exigences relatives au



service d'archivage électronique, citons l'article 12 de l'avant-projet de loi qui prévoit l'insertion d'un article XII.29 dans le Code de droit économique. Cette disposition rend applicable à tous les prestataires de service de d'archivage électronique, qualifiés ou non, l'article 13 du Règlement n° 910/2014 qui détermine le régime des responsabilités prévu au niveau européen.

**e) Arrêt des activités d'un prestataire de services de confiance qualifié offrant un ou plusieurs services de confiance qualifiés**

**74.- Articles XII.36 à XII.38 du Code de droit économique.** Le chapitre 7 de l'avant-projet de loi, insérant les articles XII.36 à XII.38 du Code de droit économique, se concentre sur l'hypothèse de l'arrêt des activités d'un prestataire de service de confiance qualifié qui offrait un ou plusieurs services de confiance qualifié. Nous ne développons pas ces dispositions dans le cadre de cette contribution et renvoyons les lecteurs aux articles pertinents.

**§ 2. Présomption en faveur des copies numériques**

**75.- Copie fidèle et durable élevée au rang d'original.** Comme susmentionné, le futur article XII.25, § 6, du Code de droit économique, tel qu'actuellement rédigé, doit être lu en combinaison avec l'article 1334 du Code civil.

Il est en effet prévu que cette disposition soit complétée par un second alinéa, intégré par l'article 8 de l'avant-projet de loi, indiquant que « lorsque le titre original n'existe plus, une copie numérique effectuée à partir de celui-ci a la même valeur probante que l'écrit sous seing privé, dont elle est présumée, sauf preuve contraire, être une copie fidèle et durable si elle a été réalisée au moyen d'un service d'archivage électronique qualifié (...) ».

Ce nouvel alinéa insère une présomption réfragable (« sauf preuve contraire ») suivant laquelle les copies numériques d'actes sous seing privé papier sont des copies fidèles et durables de l'original et ont la même valeur juridique que celui-ci, pourvu que l'on ait recours à un service d'archivage électronique qualifié et que l'original ait été détruit. À ces conditions, il est alors permis de numériser un document initialement en version papier et d'en détruire le support original, sous réserve du respect de dispositions spécifiques telle que la loi sur les archives.

Ce nouvel alinéa, qui était déjà prévu dans la proposition de loi du 15 avril 2013, élève la « copie fidèle et durable au rang d'original lorsque le document copié était à l'origine un acte sous seing privé »<sup>118</sup>.

**76.- Intérêt de cette disposition.** Pour pouvoir bénéficier de la présomption prévue au futur article 1334, alinéa 2, du Code civil, plusieurs conditions doivent être respectées.

D'abord, la copie numérique doit avoir été effectuée au moyen d'un service d'archivage électronique qualifié, comme cela est prévu par le futur article h) de l'annexe 1 du livre XII du Code de droit économique consacré à la numérisation d'un document papier. Cette disposition impose une série d'exigences, qui sont de nature technique – obligation d'utiliser « un système, du matériel et des procédures qui garantissent une reproduction fidèle, durable et complète du document papier » ou de nature organisationnelle comme l'obligation de conserver une série de données (« la datation de toutes les opérations pertinentes », « les rapports de perturbations éventuelles qui ont été constatés » ou encore « les documents relatifs à la politique de numérisation et aux systèmes et matériel utilisés ») de procéder « ponctuellement et régulièrement lors de la procédure de numérisation à un contrôle de la qualité et de la fidélité des copies numériques par rapport à l'original papier ». Le respect de ces exigences peut s'avérer contraignant.

Ensuite, ne sont concernés que les actes sous seing privé.

Enfin, l'article 1334, alinéa 2 du Code civil, tel qu'envisagé, ne couvre que l'hypothèse où un titre original n'existe plus. Dès lors, si le document original subsiste, « il primera sur la copie numérique, qui fera foi uniquement de ce qui est contenu au titre original, dont la représentation peut toujours être exigée »<sup>119</sup>.

Malgré ces exigences, cet ajout d'un second alinéa à l'article 1334 du Code civil pourrait constituer une solution face aux attentes de nombreux acteurs désireux de procéder à la destruction des documents papier originaux pour n'en conserver qu'une copie numérique. Néanmoins, les conditions exigées nécessitent une réelle implication de la part de l'archiviste tant au regard du respect des règles juridiques que de la prise en considération des aspects techniques et organisationnels. Le processus par lequel une entité souhaite numériser ses documents pour ensuite les détruire doit dès lors être appréhendé de manière prudente.

<sup>118</sup> Proposition de loi du 15 avril 2013 modifiant la législation en ce qui concerne l'instauration du droit de l'économie électronique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2745/001, p. 16.

<sup>119</sup> *Ibid.*, p. 26.



## Conclusion

**77.- Règlement n° 910/2014.** La présente contribution a été l'occasion de parcourir la matière de l'archivage électronique en présentant d'abord ses enjeux et en retraçant ensuite le parcours qui a été accompli sur le plan législatif.

Il est évidemment regrettable que cette matière n'ait été que très partiellement abordée au niveau européen et que le Règlement, qui est pourtant un texte ambitieux, n'octroie pas au service d'archivage électronique un statut identique à celui des autres services de confiance et ne l'appréhende qu'en tant que soutien à deux autres services.

**78.- Avant-projet de loi et développement du service d'archivage électronique.** On peut cependant se réjouir que la matière sera malgré tout réglée au niveau national même si cela crée un risque de voir émerger des règles et des pratiques différentes au sein des États membres. Le législateur belge, qui disposait déjà d'une base complète et cohérente dans le texte de la proposition de loi du 15 avril 2013, a rapidement réagi face à l'absence de dispositions relatives au service d'archivage électronique au sein du Règlement pour proposer un cadre juridique aux prestataires de service d'archivage électronique et aux entités ou individus désirant conserver leurs documents en interne. Si nous avons exposé que certaines règles telles qu'actuellement inscrites dans l'avant-projet de loi étaient sujettes à la critique et/ou pourraient être clarifiées, ce cadre légal a au minimum le mérite d'exister.

Il peut être espéré qu'à la faveur de ce cadre juridique, la demande et la fourniture de services d'archivage électronique se développent plus rapidement dans notre pays. Il est clair qu'il existe déjà une forte demande de la part des entreprises et des services publics en ce sens, en raison principalement des avantages en terme de coût et de diminution d'espace de stockage que présente l'archivage électronique. Par conséquent, la véritable évaluation du système juridique tel qu'il sera mis en place sera sa confrontation à la pratique.

En ce qui concerne la fourniture du service d'archivage électronique par un prestataire de service, nous pouvons envisager que des entreprises se lancent dans la fourniture soit de plusieurs services de confiance dont l'archivage électronique, soit uniquement du service d'archivage électronique. Les Archives de l'État pourraient éventuellement avoir un rôle à jouer dans ce contexte, par exemple en se positionnant comme prestataire de service d'archivage électronique qualifié ou du moins comme un acteur impliqué dans le processus de qualification des prestataires

proposant un tel service aux institutions placées sous son contrôle. Cela pourrait être intéressant pour les institutions publiques soumises à la loi sur les archives qui doivent verser leurs documents aux Archives de l'État puisque l'interopérabilité et l'uniformité ainsi qu'une certaine sécurité dans le processus d'archivage seraient assurées.

**79.- Caractère multidisciplinaire de l'archivage électronique.** Avant de clôturer cet exposé, il nous semblait important d'indiquer qu'outre le cadre légal instauré par le Règlement n° 910/2014, la future loi belge et les règles éparses et spécifiques de notre ordonnancement juridique que nous avons évoquées, d'autres règles trouvent à s'appliquer à toute prestataire proposant un service d'archivage électronique ou tout individu ou entités exploitant un tel service. À titre d'exemple, ils peuvent être tenus au respect des règles en matière de protection des données à caractère personnel, qui sont notamment essentielles lorsqu'un recours à des services de cloud computing est envisagé ou à la loi sur la publicité dans l'administration pour les acteurs du secteur public. Par ailleurs, il convient de pointer le caractère intimement multidisciplinaire de la matière car appréhender l'archivage uniquement sous l'angle juridique est trop limitatif. Doivent également être prises en considération les questions techniques liées à celui-ci ainsi que des préoccupations organisationnelles et de gestion du document durant l'ensemble de son cycle de vie du document<sup>120</sup>.

**80.- Dates à noter.** Finalement, nous proposons de rappeler quelques dates importantes pour la suite du processus législatif en matière d'archivage électronique. L'avant-projet de loi tel qu'examiné devrait prochainement devenir un projet de loi qui sera alors discuté au Parlement après que le Conseil d'État aura donné son avis. En outre, le 16 mars 2016 marquera la fin de la période de *statu quo* durant laquelle l'État belge ne pouvait pas adopter le texte, conformément à la procédure 2015/1535. Enfin, les dispositions du Règlement n° 910/2014 entrant en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2016, il serait idéal qu'il en soit de même pour les dispositions du cadre législatif belge.

<sup>120</sup> Cette idée est conforme à ce que Marie Demoulin appelle la gouvernance informationnelle qu'elle définit comme l'adoption d'une « approche globale de l'information, à la fin technologique et organisationnelle, pour encadrer la création, le traitement, l'accès, l'évaluation, la protection, la conservation, la préservation et l'utilisation de l'information au cours de son cycle de vie (de sa création à sa destruction ou conservation finale), quels que soient sa forme (documents, données, bases de données) et son support (papier ou électronique) ». Voy. M. DEMOULIN, « De l'archivage électronique à la gouvernance informationnelle : quelle place pour le juriste ? », *op. cit.*, pp. 199 et s.